Die Lehre

von den

Legaten und Fideicommissen.

Aus den Quellen bearbeitet

durch

Dr. M. S. Mayer,
ordentl. Professor der Rechtswissenschaft in Tübingen.

Erste Abtheilung.

Die Einleitung und die Form der Anordnung.

Tübingen, 1854.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
— Laupp & Siebeck. —

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Seinem

Hochverehrten Lehrer und Freunde

Dr. Eduard v. Schrader.

Es ist mir eine sehr große Freude, daß die Vollendung dieser Schrift in eine Zeit fällt, die nicht allzuweit entfernt ist von dem Tage, an welchem wir Ihr Doctorjubiläum gefeiert haben, und nicht allzuweit von dem, mit welchem Sie wiederum ein Lebensjahr beschließen werden. So darf ich mir erlauben, sie Ihnen darzureichen zum Andenken an jenen festlichen Tag, und zum Zeichen meiner besten und innigsten Wünsche für das neue Lebensjahr, in das Sie nun bald eintreten. Daß Sie dieselbe nicht unfreundlich aufnehmen werden, darauf glaube ich mir Hoffnung machen zu dürfen; aber darüber bin ich nicht unbesorgt, ob sie Ihren Beifall auch in dem Grade finden werde, wie ich es wünschte. Ihre Nachsicht wird ihr freilich nicht fehlen. Denn wer, wie Sie, heimisch ist in den Quellen und Meister in ihrem Verständniß, und dadurch wie Wenige hoch steht in unserer Wissenschaft, der hat für fremde Arbeiten in der Regel ein mildes Urtheil.

Der Standpunkt, von welchem ich bei Abfassung des vorliegenden Werkes ausgegangen bin, ist im Ganzen

der gleiche, wie bei dem Werke über die universelle Nachfolge von Todes wegen. Nur in einem Punkte habe ich eine Abweichung für nöthig gehalten. Ich bin nämlich, ohne die Gedrängtheit der Darstellung zu beinträchtigen, im Texte und in den Noten ausführlicher gewesen, und habe insbesondere bloße Andeutungen zu vermeiden gesucht.

Beachtung und Würdigung fremder Ansichten werden Sie wohl nicht vermissen, vielleicht aber die namentliche Anführung von Schriftstellern. Indessen bin ich noch immer der Meinung, daß es hauptsächlich die Quellen sind, an die wir uns halten müssen; den Fall ausgenommen, wo es sich darum handelt, ob nicht etwa ein neuer Grundsatz oder eine bestimmte Auffassung der vielleicht mehrdeutigen Quellen durch die Praxis Geltung erlangt habe.

Die erste Abtheilung enthält außer der Einleitung die Lehre von der Form der Errichtung der Vermächtnisse; die zweite wird die Lehre von den Personen und den Gegenständen, und die dritte die durch Vermächtnisse begründeten, rechtlichen Verhältnisse, sowie die Unwirksamkeit angeordneter Vermächtnisse darstellen und besprechen. Wann die beiden letztern Abtheilungen erscheinen werden,

darüber dünkt es mich besser, keine bestimmte Zusage zu machen. Denn ich möchte innerlich unbeengt arbeiten und überarbeiten können. Uebrigens bildet die erste Abtheilung, abgesehen von der Einleitung, welche dem ganzen Werke zur Grundlage dient, wiederum ein Ganzes für sich, wie auch jede folgende ein solches bilden wird.

Ist es mir gelungen und wird es mir ferner gelingen, durch zusammenhängende, quellenmäßige Darstellung auch nur eine klare Auffassung der behandelten Lehre weiter zu fördern; so habe ich meinen Zweck erreicht.

Möge der Herr Ihnen noch viele Jahre schenken, in welchen Sie, körperlich kräftig und geistig ungeschwächt, fortfahren können, nicht blos für die Wissenschaft, sondern auch für jene höhern Zwecke der Menschheit thätig zu sein, gegenüber von welchen unsere Wissenschaft selbst nur eine untergeordnete Stelle einnimmt.

Tübingen im Februar 1854.

Mayer.

Einleitung.

§. 1.

Legate und Fideicommisse.

Wie dem strengen civilen Erbrecht, der hereditas, längere Zeit hindurch ein freieres Institut in der bonorum possessio zur Seite stand; so dem strengen civilen legatum das weit freier behandelte fideicommissum. Und wie hereditas und bonorum possessio sich allmählig näherten, bis die leztere überwog und endlich der Grundgedanke derselben durch Entfernung der mancipatio familiae und der nuncupatio testamenti und der straffen Formen in Anordnung und Ausdruck bei dem Testamente, und durch vollständige Beseitigung des in früherer Zeit ausschließlich, aber doch nur in beschränkter Weise beachteten [1]) agnatischen Elements bei der Intestaterbfolge zur durchgreifenden Herrschaft gelangte; so traten sich auch legata und fideicommissa im Laufe der Zeit einigermaßen näher, bis zulezt Justinian beide Institute zu einem verschmolz, in welchem er den freiern Grundsätzen, wie sie bei Fideicommissen galten, die Vorherrschaft einräumte.

Indessen hatte die bonorum possessio von Anfang an, so viel wir wissen, ihre Stütze in der Auctorität des Magistrats, während das fideicommissum ursprünglich seinen Haltpunkt in der Sitte fand. Allein diese Sitte war mächtig genug, um dem-

selben jedenfalls schon in dem Zeitalter Cicero's zur Geltung und Wirksamkeit zu verhelfen, war nur seine Anordnung gewiß [2]), und kein besonderer Grund vorhanden, womit sich dessen Nichterfüllung etwa rechtfertigen ließ [3]). Erst in dem Zeitalter von Augustus gelangte das fideicommisum zu einem eigentlich rechtlichen Dasein, so daß es nun von Rechts wegen gefordert und geltend gemacht werden konnte [4]). Aber eine in Vergleich mit dem civilen Legat im hohen Grade freie Behandlung und Beurtheilung nahm es von seinem Ursprunge her mit in den neuen Zustand herüber und behielt sie im Wesentlichen auch noch lange bei, nachdem es mannigfach den strengern Legatsgrundsätzen war unterworfen worden [5]).

Die bei weitem größere Freiheit in der Behandlung der Fideicommisse wird man am Besten erkennen, wenn man sich die Unterschiede vergegenwärtigt, welche vor Constantin zwischen ihnen und den Legaten eintraten. Denn diese Unterschiede bestanden größtentheils darin, daß bei der Anordnung der Fideicommisse manche Beengungen und Beschränkungen nicht Statt fanden, welchen die Anordnung der Legate unterworfen war, und daß die rechtliche Beurtheilung der Fideicommisse durchweg nach den Weisungen der bona fides erfolgte, während das Legat gerade, welches in Beziehung auf seine Gegenstände am Meisten mit den Fideicommissen zusammentraf [6]), nach strengem Recht (strictum jus) beurtheilt wurde.

Vor Constantin nämlich unterschieden sich die beiden genannten Arten von Vermächtnissen theils durch den letzten Willen [7]), die Wortform [8]), die Sprache [9]), in welchen sie angeordnet werden mußten, und die Art und Weise der Anordnung [10]), theils in Betreff der Personen, welche beschwert [11]) und deren,

welche bedacht werden konnten [12]), obgleich hier im Allgemeinen die Regel galt: fideicommissa dari possunt his quibus legari potest [13]).

Was die Gegenstände anbelangt, so war — die Gewährung der Freiheit ausgenommen [14]) — zwischen Legaten und Fideicommissen insofern kein Unterschied, als alle Gegenstände des legatum per damnationem auch Gegenstände eines Fideicommisses sein konnten [15]) und hierin selbst das allgemeine Legat von dem allgemeinen Fideicommiß nicht abwich [16]).

Dagegen giengen sie wiederum aus einander in Rücksicht auf die Natur des Anspruchs, der durch sie begründet wurde. Denn aus Legaten konnte ein dingliches Recht hervorgehen [17]), nie aus Fideicommissen [18]), und wo das Legat eine obligatio erzeugte, da war sie strenger Art [19]), während die obligatio aus Fideicommissen stets nach bona fides beurtheilt wurde [20]). Nur das legatum sinendi modo nach der, zur Zeit von Cajus schon herrschend gewordenen Ansicht Julians [21]), und das legatum per praeceptionem nach der Meinung der Sabinianischen [22]) theilweise selbst der Proculianischen Schule stund hinsichtlich der Beurtheilung nach bona fides den Fideicommissen gleich [23]). Doch war die Geltendmachung aller Legate wesentlich verschieden von der Geltendmachung der Fideicommisse [24]), und die Behandlung der universellen Legate in der Regel eine ganz andere, als die der universellen Fideicommisse [25]).

Auf die hervorgehobenen Verschiedenheiten zwischen Legaten und Fideicommissen vor der Zeit Constantins darf man nur einen flüchtigen Blick werfen, um sich zu überzeugen, daß trotz mannigfach gleicher Behandlung [26]) ein Rechtsgelehrter aus dem Zeitalter der Severe nicht wohl gesagt haben kann und also auch

nicht gesagt haben wird: per omnia exaequata sunt legata fideicommissis [27]).

1) Man denke nur an den Mangel der successio bei den Agnaten, und an jene Zeit, wo trotz der abstentio eines suus ein Uebergang auf andere noch nicht Statt fand.

2) Cic. de finib., II. 18. Die ganze Art und Weise, wie Cicero die Sache hier bespricht, läßt kaum einen Zweifel übrig, daß ein fideicommissum nicht unerfüllt blieb, sobald nur die Verfügung des Erblassers bewiesen werden konnte. Val. Max., IV. 2. nr. 7.

3) Wie z. B. Berufung auf die lex Voconia, Cic. eod., c. 17., oder auf eine lex Cornelia, Cic. in Verr., II. 1. cap. 47.

4) J. de fideic. hered., II. 23. §. 1. 12. — de codic., II. 25. pr.

5) Z. B. Caj. II. 284 sequ. — Ulp. fragm. XXV. 6. 13. 17. — Paulus Rec. Sent. (ed. Arndts), IV. 1. §. 8. 18[b].

6) Zu vergl. unten zu Note 15 und 16.

7) Indem Legate nur in Testamenten oder testamentlich bestättigten Kodizillen, Fideicommisse hingegen auch in unbestättigten oder in Intestatkodizillen angeordnet werden konnten. Caj. II. 270. 273. — Ulp. fragm. XXV. 4. 11. Paulus Rec. Sent., IV. 1. §. 10. — J. de fideic. hered., II. 23. §. 10. —

8) Legate konnten nur in gebietenden, Fideicommisse in solchen Worten hinterlassen werden, welche als eine bittweise Verschaffung angesehen wurden. — Ulp. fragm. XXIV. 1. XXV. 1. — Caj. II. 249. — Paulus Rec. Sent., IV. 1. §. 5—6. — J. de sing. reb. p. f. rel., II. 24. §. 3. — Zu vergl. D. de legat. I. l. 115. l. 118. — Zwar könnte es scheinen, daß auch die den Worten nach gebietende Anordnung als eine bittweise in dem Fall gedeutet worden sei, wenn sie sich in einem letzten Willen vorfand, der überhaupt die Anordnung eines Legats nicht zuließ, nämlich in einem unbestättigten oder in einem Kodizill ab intestato. So ist es jedoch nicht. Die gebietende Anordnung in einem solchen letzten Willen wäre eben der Form nach Legat und daher ungültig gewesen.

9) Legate mußten in lateinischer, Fideicommisse durften in jeder Sprache, Caj. II. 281. — Ulp. fragm. XXV. 9. — D. de legat. III. l. 11 pr. und konnten sogar ohne alle Worte verschafft werden, Ulp. fragm. XXV. 3. — D. de legat. III. l. 21. pr.

10) Es sollten keine Legate vor der Erbeseinsetzung oder nach dem Tode des Beschwerten oder so verschafft werden: pridie quam heres aut legatarius morietur; während diese Beschränkungen für Fideicommisse nicht Statt fanden. Caj. II. 229—233. 277. — Ulp. fragm. XXIV. 15—16. XXV. 8. — Paulus Rec. Sent., III. 6. §. 2. §. 5—6. —

11) Es konnte einmal der Intestaterbe wohl mit einem Fideicommiß nicht aber mit einem Legat beschwert, Caj. II. 270. — Ulp. fragm. XXV.

4. — Paulus Rec. Sent., IV. 1. §. 4, sodann überhaupt nur ein Erbe mit einem Legat, mit einem Fideicommiß auch ein Anderer beschwert werden. Caj. II. 260. 271. — Ulp. fragm. XXIV. 20. Endlich konnte derjenige, welcher durch einen Andern Erbe wurde, mit keinem Legat belästigt, ein Fideicommiß jedoch auch dem auferlegt werden, der durch einen Andern in eine Verschaffung eintrat. Ulp. fragm. XXV. 10. Zu vergl. Ulp. fragm. XXIV. 21., eine Stelle, die einfach dadurch einen innern Zusammenhang bekäme, wenn man vor extraneus ein „non" einschalten wollte.

12) Caj. II. 275—276. — Ulp. fragm. XXV. 7.

13) Ulp. fragm. XXV. 6. — Zu vergl. Caj. II. 285 ff.

14) Caj. II. 263. sequ. 272.

15) Ulp. fragm. XXV. 5. — Zu vergl. Caj. II. 260—262. — Paulus Rec. Sent., IV. 1. §. 7—8.

16) Man könnte vielleicht zu der Behauptung geneigt sein, daß das allgemeine Legat nicht wie das allgemeine Fideicommiß auf die ganze Erbschaft sich erstreckt habe, theils wegen der florentinischen Begriffsbestimmung von legatum (D. de legat. I. l. 116. pr.), theils wegen Ulp. fragm. XXIV. 25., wo das allgemeine Legat „partitio" genannt werde. Allein da das Legat der ganzen Erbschaft doch nur zu den Seltenheiten gehört haben mochte, und da die Römischen Rechtsgelehrten bei ihren Begriffsbestimmungen nur auf das Gewöhnliche und Häufigere zu sehen pflegten, so wird man auf den Ausspruch Florentin's kaum ein Gewicht legen können. Eben so wenig kann man sich auf die Stelle von Ulpian berufen. Der Eingang dieser Stelle läßt sogar eine Auslegung zu, welche der hier vertheidigten Meinung geradezu entspricht. Wenn Ulpian sagt: sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest; so kann das doch gewiß auch heißen: wie einzelne Sachen legirt werden können, eben so auch der Inbegriff aller, die summa universarum; versteht sich von selbst, der Inbegriff aller einzelnen Gegenstände ganz, als ein Ganzes, oder theilweise, nach einer Quote. Nun fährt Ulpian fort und führt Beispiele (ut puta etc.) an von einer theilweisen Verschaffung dieses Inbegriffs aller Gegenstände, und von ihr allein äußert er am Schlusse: quae species partitio appellatur. Aus den Beispielen und dem Schluß folgt aber nicht, daß die summa universarum nicht auch g a n z legirt werden konnte. Auf der andern Seite ist gar nicht abzusehen, warum nicht auch die ganze Erbschaft der Gegenstand eines legatum hätte sein können, da die Anordnung der zwölf Tafeln (uti legassit suae rei ita jus esto) es zuließ, nec quicquam haeredi relinquere praeterquam inane nomen haeredis (Caj. II. 224), und die lex Falcidia die volle Legirfreiheit wieder hergestellt hatte. Allein gerade diese lex mußte die Legate ganzer Erbschaften noch seltener machen, als sie es ohnehin schon gewesen sein werden. Denn nach dieser lex hatte der Erbe doch nicht das ganze Legat zu gewähren, und konnte durch Ausschlagen der Erbschaft leicht den

Untergang des ganzen Legats herbeiführen. Indessen ist thatsächliche Seltenheit von rechtlicher Unstatthaftigkeit sehr weit entfernt. —

17) Caj. II. 192 sequ. — Ulp. fragm. XXIV. 2 sequ.

18) Caj. II. 277. — Paulus Rec. Sent., IV. 1. §. 18. Hiemit hängt auch die Anwachsung zusammen, welche wohl bei Legaten, sofern dieselben zu dinglichen Rechten verschafft waren, nie aber bei Fideicommissen eintreten konnte. Caj. II. 199. 205. 215. — Ulp. fragm. XXIV. 12 und 13. — Vat. fragm. §. 85 in f. — Eigenthümlich war in dieser Beziehung die Behandlung des legatum per praeceptionem.

19) D. de reb. cred., XII. 1. l. 9. §. 1. — de in lit. jur., XII. 3. l. 5. §. ult. l. 6.

20) Caj. II. 280. — D. de leg. I. l. 108. §. 12. —

21) Caj. II. 280, obgleich die formula auf dare facere schlechthin gieng, Caj. II. 213.

22) Es folgt dies daraus, daß die Sabinianer ein legatum per praeceptionem nur in der Person des Erben für zuläßig hielten (Caj. II. 217), und als einzige Klage für dasselbe die actio familiae herciscundae anerkannten (Caj. II. 219), die bonae fidei war.

23) Auch vom Standpunkte der Proculianer aus gab es Fälle, wo das legatum per praeceptionem mit der actio familiae herciscundae geltend gemacht und somit nach bonae fides beurtheilt wurde (Caj. II. 222). — Ob nicht überhaupt jedes Legat, das einem Erben gegenüber von allen Erben wenn auch nicht per praeceptionem verschafft wurde (z. B. Lucio Titio, heredi meo fundum do lego; damnas sunto heredes mei Lucio Titio heredi meo etc.), mit der actio familiae herciscundae geltend gemacht werden konnte? Wir können diese Frage, die allerdings bejaht werden muß, hier unerörtert lassen. Beachten wir auch nur das, was über das legatum sinendi modo und per praeceptionem nach Sabinianischer Ansicht hier bemerkt worden ist, so erklären sich Stellen wie z. B. D. de usur., XXII. 1. l. 34. — de legat. I. l. 39. §. 1 — sehr einfach, ohne daß wir nöthig hätten, eine weitere Interpolation vorauszusetzen als eben gerade nöthig war, um die Beziehung auf besondere Arten von Legaten zu verwischen. Eine solche Beziehung mag auch bei Paulus Rec. sent., III. 8. §. 4 ausgefallen sein. —

24) Caj. II 278. — Ulp. fragm. XXV. 12.

25) Zwischen dem universellen Legatar und dem Erben traten immer eigenthümliche Stipulationen ein, um Vortheile und Nachtheile gegenseitig auszugleichen. Der universelle Fideicommissar hingegen ward bald (nach dem Sctum Trebellianum) wie ein Erbe, bald (nach dem Sctum Pegasianum) wie ein legatarius partiarius oder wie der Käufer ein Erbschaft behandelt, Caj. II. 251 sequ. — Ulp. fragm. XXV. 14 sequ. — Zu vergl. J. de fideic. hered., II 23. §. 4 sequ.

26) Oben Note 5 und 13. — Ulp. fragm. XXV. 4. — D. ad leg.

Corn. de fals., XLVIII. 10. l. 15. — Caj. II. 254 und Ulp. fragm. XXV. 14. — D. ad leg. Falc., XXXV. 2. l. 18. — Si quis omissa caus., XXIX. 4. l. 4. §. 2. l. 6. §. 2. l. 28. §. 1 — Ut legat. seu fid., XXXVI. 3. l. 1. §. 10. 11. — de legat. praest., XXXVII. 5. l. 1. etc.

27) D. de legat. I. l. 1.

---

§. 2.

Die verschiedenen Arten der Legate.

Von den zwei Hauptarten der Vermächtnisse hatte die eine, das legatum wiederum zwei Hauptabtheilungen, welchen der Unterschied zwischen den zwei Gattungen von Vermögensrechten, den dinglichen und den persönlichen zu Grunde lag. Wollte der Erblasser dem Legatar eine dingliche Berechtigung verschaffen, so war er in Rücksicht des Gegenstandes wie der Art der Verschaffung nicht unbeschränkt.

Lag es nämlich in seiner Absicht, das Eigenthum einer Sache oder ein jus in re [1]) an einer Sache als dingliche Berechtigung zu verschaffen, so konnte er dieß nur dann mit Wirksamkeit durchführen, wenn ihm die Sache ex jure Quiritium gehörte [2]), und zwar, mit einer Ausnahme [3]), sowohl zur Zeit der letztwilligen Anordnung als zur Zeit seines Todes [4]).

Was die Art der Verschaffung betrifft, so mußte der Erblasser unmittelbar von sich aus, nicht durch Vermittlung des Erben das Legat gewähren, daher auch dasselbe in einer Form anordnen, wornach er entweder selbst unmittelbar verleiht (do lego), oder den Legatar ermächtigt, sich das Legat geradezu anzueignen (capito, sumito, sibi habeto) [5]).

In Folge eines solchen Legats erlangte der Bedachte, war nur durch Antretung der Erbschaft das Testament aufrecht erhalten, unmittelbar Eigenthum oder jus in re [6]), das er gegen

den Erben wie gegen jeden Dritten alsbald durch eine vindicatio geltend machte [7]), ohne daß es irgend einer Thätigkeit von Seiten des Erben bedurft hätte, weder nach der Ansicht der Proculianer [8]), welche das Legat bis zur annehmenden Erklärung des Legatars für herrenlos erklärten [9]), noch viel weniger nach der Meinung der Sabinianer, welche adita hereditate das Legat sogleich des Legatars werden ließ [10]), und welche später herrschendes Recht wurde [11]).

Eine obligatio, welche mit einer selbstständigen Klage aus dem letzten Willen hätte geltend gemacht werden können, war bei diesem Legat zwischen dem Erben und Legatar niemalen vorhanden [12]). Daher nannte man auch das Legat: legatum per vindicationem [13]), oder auch: do lego legatum [14]).

1) Paulus Rec. Sent., III. 6. §. 17. — Vat. fragm. §. 47. §. 83 sequ.

2) Warum es in dem Zeitalter von Cajus und Ulpian nicht genügte, wenn die Sache blos in bonis des Erblassers war, das läßt sich nur historisch erklären.

3) Res quae pondere numero mensura constant konnten, wenn sie nur zur Todeszeit ex jure Quiritium des Erblassers waren, wirksam zu Eigenthum hinterlassen werden. —

4) Caj. II. 196. — Ulp. fragm. XXIV. 7. — Ob solche jura in re, welche, weil prätorischrechtlichen Ursprungs, nicht ex jure Quiritium waren, Gegenstand dieses Legats sein konnten, darf hier unerörtert bleiben. Dagegen leidet es wohl keinen Zweifel, daß die alten civilrechtlichen jura in re, die Servituten in der Form des Legats zu dinglichen Rechten an den Eigenthümer der dienenden Sache zurück legirt werden konnten.

5) Caj. II. 193. — Ulp. fragm. XXIV. 3. — Das do lego legare war jedoch die ältere und ursprüngliche Weise, wie wir theils aus Cajus (l. c.) entnehmen können (*aeque* per vindicationem legatum est), theils der Name do lego legatum (Vat. fragm. §. 47. 57. 83) beweist.

6) Oder die Freiheit des Eigenthums, wenn ein jus in re zurücklegirt war.

7) Caj. II. 194. 204. — Paulus Rec. Sent., III. 6. §. 17.

8) D. de furt., XLVII. 2. l. 64. Neratius (ein Proculianer) . . . . . ea, quae legantur, *recta via ab eo* qui legavit ad eum, cui legata sunt, transeunt.

9) Caj. II. 195. 200 in f.

10) Etiamsi ignoret Caj. II. 195.

11) Trotz einer Anordnung von Pius Antoninus (Caj. II. 195). Daß die Sabinianische Ansicht herrschendes Recht wurde, ergiebt sich abgesehen von den Aussprüchen solcher Rechtsgelehrten, die entschieden zu der Schule der Sabinianer gehörten, aus den übereinstimmenden Erklärungen von Marcellus (D. ad Leg. Aquil., IX. 2. l. 34. 36), Papinian (D. de legat. II. l. 80), Marcian und Ulpian (D. de reb. dub., XXXIV. 5. l. 15. — de legat. I. l. 44. §. 1), Paulus (Rec. Sent., III. 6. §. 7). Indessen war der Schulstreit nicht so wichtig, wie man daraus schließen möchte, daß ihn Cajus besonders hervorhebt. Denn auch die Proculianer ließen das Legat für die Zwischenzeit nicht in dem Sinn res nullius sein, daß nun jeder hätte zugreifen dürfen; denn wenn sich der Legatar für die Annahme erklärte, so bezogen sie den Erwerb zurück auf die Zeit des Antritts der Erbschaft (recta via ab eo, qui legavit ad eum, cui legata sunt, transeunt). Nach der Proculianischen Ansicht konnte der Legatar in der Zwischenzeit eigentlich nicht verfügen; hätte er es aber doch gethan, so war ja so lange der Legatar sich nicht erklärt also auch nicht ausgeschlagen hatte, Niemand vorhanden, welcher die Verfügung anzugreifen berechtigt gewesen wäre. Schlug er aber später aus, so war selbst vom Sabinianischen Standpunkte aus die Verfügung rückwärts ungültig (D. de legat. I. l. 86. §. 2. Julianus [ein Sabinianer] . . . . . si legatarius repulerit a se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur etc. — Zu vergl. D. eod., l. 44. §. 1. l. 38. §. 1). Der Erbe konnte weder nach der Proculianischen noch nach der Sabinianischen Meinung in der Zwischenzeit über das Legat verfügen. Verfügte er dennoch, so durfte der Legatar nach den Sabinianern allerdings gegen die Verfügung auftreten, aber in dem Augenblick, wo er dagegen auftrat, erklärte er sich für die Annahme und hiemit war auch nach den Proculianern das Legat rückwärts das seinige. — Aehnlich verhielt es sich mit einem andern Schulstreite. War bedingt legirt, so wollte die Schule des Sabinus bis zum Eintritt der Bedingung das Legat dem Erben zutheilen, die des Proculus hingegen res nullius bleiben lassen (Caj. II. 200). Auch hier ist die Sabinianische Ansicht die später herrschende geworden (zu vergl. Marcellus in D. quemadm. serv. amitt., VIII. 6. l. 11. §. 1. — Marcian, Ulpian und Paulus in D. de pign., XX. 1. l. 13. §. 1. — fam. herc., X. 2. l. 12. §. 2. — de statulib., XL. 7. l. 9. — de rei vind., VI. 1. l. 66). Doch gab diese Ansicht selbst zu, daß mit dem Eintritt der Bedingung das Legat rückwärts dem Legatar gehört habe, und die Verfügungen des Erben in der Zwischenzeit damit von selbst erlöschen (zu vergl. den Sabinianer Julian in D. de legat. I. l. 81. pr., einzelne der eben vorhin angeführten Stellen, und Pomponius in D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 105); wie sie denn auch den Erben pendente conditione in gewissen Verfügungen beschränkte (zu vergl. den Sabinianer Cajus in D. qui et a quib. manum., XL. 9.

l. 29. §. 1. — und Paulus in D. de relig., XI. 7. l. 34). — Bei so bewandten Umständen war auch dieser Schulstreit nur von geringer praktischer Bedeutung. Nach der Proculianischen Meinung zwar konnte der Erbe pendente conditione nicht verfügen, allein wenn er doch verfügt hatte, so konnte Niemand die Verfügung anfechten, weil das legatum res nullius war. Trat übrigens die Bedingung ein, so war auch nach den Sabinianern das Verhältniß in eine Lage gekommen, wie wenn das Legat von Anfang an ein unbedingtes gewesen wäre, und trat sie nicht ein, so mußten selbst die Proculianer einräumen, daß die Sache rückwärts des Erben gewesen sei.

12) Daß in Folge des Senatusconsultum Neronianum jedes, auch das gültige Vindicationslegat von dem Legatar als Damnationslegat behandelt werden konnte, diese Annahme widerlegt sich durch die Betrachtung: die Klage aus dem Damnationslegat war eine condictio, die ihrer regelmäßigen Natur nach neben einer wirksamen vindicatio nicht stattfinden konnte. — Daß jedoch bei dem Vindicationslegat, welches unter einer Bedingung hinterlassen oder dessen Gegenstand erst noch durch eine Wahl des Legatars zu bestimmen war, ein selbstständiges obligatorisches Verhältniß zwischen dem Erben und dem Legatar eingetreten sei, wornach der Erbe nichts vornehmen sollte wodurch das künftige Recht des Legatars vereitelt werden konnte, das ist durchaus unerweislich. — Verhinderte der Erbe den Eintritt der Bedingung (fecit, quo minus impleretur), so galt die Bedingung für erfüllt (pro impleta habebatur), und der Legatar konnte das Legat vindiciren. Hatte er außerdem, mochte das Legat als ein bedingtes oder mit Wahlrecht für den Legatar angeordnet worden sein, den Gegenstand des Legats zerstört oder beschädigt, so daß ihn der Vorwurf eines dolus oder einer culpa traf, so mußte er dem Legatar wie ein malae fidei possessor haften. Denn er wußte, daß er eine Sache besitze, die unter einer gewissen Voraussetzung gar nicht die seinige sei. Er mußte also ähnlich einem malae fidei possessor wenigstens für dolus und culpa levis einstehen, wenn er auch darin von ihm abwich, daß er nicht für casus verantwortlich war. Die Klage für den Legatar, wenn die Bedingung eingetreten oder das Wahlrecht ausgeübt war, ist eben die vindicatio gewesen, welche wie sonst gegen einen malae fidei posessor, so auch hier den dolus praeteritus und die culpa praeterita in sich aufnahm, und insbesondere da durchgesetzt werden konnte, wo man von dem Erben sagen durfte: dolo desiit possidere. — Daß endlich bei einem Vindicationslegat der Legatar die ihm zustehende Wahl dem Erben überlassen konnte, dies widerspricht nur dann dem Wesen des Vindicationslegats nicht, wenn man dabei an eine durch eine Vereinbarung vermittelte freiwillige Uebernahme von Seiten des Erben denkt. In diesem Fall mochte denn auch aus dem Geschäfte, wodurch die Wahl auf den Erben übertragen wurde, eine obligatio entstehen. Diese hatte jedoch ihre Wurzel nicht in dem letzten Willen, sondern eben in dem Geschäfte. Ge-

nöthigt konnte aber der Erbe zur Uebernahme der Wahl nicht werden. Vielmehr durfte er dem zögernden Legatar eine Zeit bestimmen lassen, und der Nachtheil, welcher hier dem Legatar angedroht wurde, war nicht Uebergang des Wahlrechts auf den Erben, sondern Verlust der Legatsklage oder Beschränkung seines Rechts in Betreff der Gegenstände, worüber der Erbe nach Verfluß der Zeit Verfügungen getroffen haben würde D. de opt. v. elect. leg., XXXIII. 5. l. 6. — Nur ausnahmeweise konnte auch das Vindicationslegat eine condictio veranlassen, die dann aber keine unmittelbare Klage ex testamento war. Zu vergl. §. 7. Note 14.

13) Caj. II. 192. 194. Das legatum per vindicationem könnten wir kurz bezeichnen als Legat zu dinglichen Rechten, oder noch genauer vielleicht als Legat zu einer actio in rem.

14) Oben Note 5. Der Ausdruck do lego legatum ließe sich wieder geben durch die Bezeichnung: ein unmittelbar von dem Erblasser aus verschafftes Legat.

---

§. 3.

Fortsetzung.

Lag es in der Absicht des Erblassers, dem Legatar kein dingliches Recht sondern eine obligatio zu gewähren, so war er in Rücksicht auf den Gegenstand nur soweit beschränkt, als derselbe eine obligatorische Beziehung nicht zuließ [1]). Nicht nur eigene Sachen des Erblassers und Rechte daran, eigene Rechte des Erblassers an fremden Sachen, sondern auch fremde Sachen und fremde Rechte an eigenen oder fremden Sachen — mochten die fremden Sachen oder die fremden Rechte des Erben oder eines Dritten sein — konnten den Gegenstand dieses Legats ausmachen [2]). Auch Handlungen [3]) und obligatorische Rechte und Verhältnisse konnten, und zwar die letztern in den mannigfaltigsten Beziehungen [4]), zum Inhalte des Legats ausersehen werden. Selbst die gesammten in der Erbschaft enthaltenen Gerechtsamen oder ein Theil derselben [5]) waren für ein Legat der genannten Art zugänglich, sogar fremde Erbschaften, mochten sie an den

Erblasser gekommen, oder an den Erben oder einen Dritten gefallen sein [6]).

Indessen war ein obligatorisches Recht nicht in der Weise letztwillig zu verleihen, daß sich der Erblasser selbst zum Schuldner gemacht hätte [7]). Es mußte daher durch die Person des Erben vermittelt werden. So stund denn dem Erblasser nicht jede beliebige Weise der Verschaffung frei. Er hatte das Legat in der Form einer dem Erben gemachten Auflage anzuordnen, indem er denselben nach älterem Recht in den Worten einer Verurtheilung (damnas esto), nach neuerem in andern gebietenden Ausdrücken (dato, facito, dare, facere jubeo etc.) zu leisten befahl, was er als Legat geleistet haben wollte [8]).

Aus einem solchen Legat erlangte der Legatar weder ein dingliches Recht, noch eine vindicatio, sondern ausschließlich ein obligatorisches Recht und eine actio in personam gegen den Erben auf ein dare oder dare facere schlechthin, also eine strenge Klage, eine condictio [9]). Von der ältern ursprünglichen Form nannte man das Legat: legatum per damnationem [10]).

1) Ulp. fragm. XXIV. 9.

2) Caj. II. 202. 203. — Ulp. fragm. XXIV. 8.

3) Paulus Rec. Sent., III. 6. §. 10.

4) Man vergl. z. B. D. de legat. I. l. 82. §. 5. l. 105. — de legat. II. l. 13. l. 50. §. 2. l. 76. §. 3., sodann D. de legat. I. l. 49. §. 8 und 9. l. 66. — de legat. III. l. 30. §. 3. — endlich D. de liber. leg., XXXIV. 3. l. 2. pr. l. 7. §. 1 sequ. l. 8. §. 1. l. 11. l. 15. — u. dgl. m.

5) Oben §. 1. Note 16.

6) D. de legat. II. l. 76. §. 1. Der hier gebrauchte Ausdruck *lego* entspricht freilich dem Vindicationslegat, aber gewiß wurde das Legat nur als Damnationslegat aufrecht erhalten, D. de legat. II. l. 88. §. 2.

7) Nam inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem Caj. III. 100. 158.

8) Caj. II. 201. — Ulp. fragm. XXIV. 4. —

9) Caj. II. 204. — Paulus Rec. Sent., III. 6. §. 17.

10) Diese ältere ursprüngliche Form hing wohl mit der Bestimmung der zwölf Tafeln zusammen (uti legassit ita jus esto). Dem Erblasser war dadurch auch die Befugniß eingeräumt eine obligatio gegen den Erben anzuordnen. Er handelte als ein solcher, der im concreten Fall Recht machen konnte, gleichsam wie ein Gesetzgeber oder wie ein Richter. Auch der Gesetzgeber bediente sich im alten Rom da, wo er eine obligatio anordnen wollte, hie und da der Form der Verurtheilung (damnas esto) D. ad Leg. Aquil., IX. 2. l. 2 pr.

---

§. 4.

Fortsetzung.

Außer den genannten zwei Hauptarten gab es noch zwei Unterarten von Legaten, die sich theils an die eine, theils an die andere Hauptart anschloßen: a) das legatum per praeceptionem. Dieses Legat, per praeceptionem genannt von der dabei gebräuchlichen Form der Anordnung [1]), konnte nach der Meinung der Sabinianer nur einem Miterben verschafft und blos durch die actio familiae herciscundae geltend gemacht werden [2]), daher auch nur eine dem Erblasser gehörige Sache, ein jus in re daran, oder ein dem Erblasser zustehendes jus in re umfassen [3]), vielleicht auch ein obligatorisches Recht [4]). Die Proculianer behandelten dasselbe als ein Vindicationslegat [5]), ließen es aber auch bei solchen Sachen oder jura in re zu, welche der Erblasser blos in bonis hatte, sofern es einem Miterben verschafft war [6]). Die Ansicht der Proculianer ist später die herrschende geworden [7]). — Eigenthümlich ist jedoch der Umstand, daß Sabinianer wie Proculianer eine Anwachsung bei diesem Legate zuließen [8]).

b) Das legatum sinendi modo zeigt sich schon nach der Form der Anordnung als eine Unterart des Damnationslegats [9]). Es wich aber von dem letztern darin ab, daß dem Erben durch dasselbe nur ein solches Gewähren auferlegt war, das ohne

Dazwischenkunft eines Dritten zu bewirken war. Daher nur Sachen und Rechte an Sachen, welche des Erblassers oder des Erben waren, Gegenstand dieses Legats sein konnten [10]), und zwar reichte es hin, wenn jene Sachen und diese Rechte zur Todeszeit des Erblassers ihm selbst oder dem Erben gehörten [11]). Von selbst versteht es sich, daß sie weder des Erblassers, noch des Erben ex jure Quiritium zu sein brauchten [12]). Auch obligatorische Verhältnisse konnten in den Bereich dieses Legats gezogen werden [13]), natürlich nur obligatorische Verhältnisse des Erblassers oder des Erben [14]), und wohl auch, wie bei dem Damnationslegat die gesammten in dem Nachlaß enthaltenen Gerechtsamen oder ein Theil derselben [15]).

Der Legatar erwarb auch hier nur eine obligatio. Die ihm zustehende actio in personam war darauf gerichtet, daß ihm der Erbe je nach dem Gegenstande des Legats, der Anordnung des Erblassers gemäß, die Leistung mache, also z. B. Eigenthum übertrage, jura in re bestelle, ein Forderungsrecht abtrete, eine Befreiung gewähre ꝛc. [16]). — Von einer Anwachsung war bei diesem Legat keine Rede [17]).

1) Caj. II. 216. — Ulp. fragm. XXIV. 6.

2) Caj. II. 217. 219.

3) Indessen konnte doch eine von dem Erblasser unter fiducia veräußerte Sache Gegenstand des Legats sein Caj. II. 220. Noch zu vergl. Note 7. — Daß die Sache oder das jus in re schon zur Zeit der Testamentserrichtung des Erblassers gewesen sei, das war nach den Sabinianern, welche nur die actio famil. herciscundae zuließen, wohl eben so wenig nöthig, als daß jene oder dieses ex jure Quiritium dem Erblasser gehörte, da sich selbst die Proculianer für das Legat an den Miterben damit begnügten, daß der Gegenstand desselben in bonis des Erblassers war (Note 6). —

4) Daß die Sabinianer auch obligatorische Verhältnisse als Gegenstände des Legats anerkannten, dieß scheint angenommen werden zu müssen, weil die actio familiae herciscundae recht gut auch hier angewendet werden

konnte, z. B. um eine cessio actionum oder eine liberatio pro parte coheredum herbeizuführen. Zu vergl. D. famib. hercisc., X. 2. l. 4 pr. — de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 32. §. 6.

5) Caj. II. 221.

6) Wo dann für den Legatar gerade wie nach der Sabinianischen Ansicht die actio familiae hercisc. eintrat, Caj. II. 222.

7) Schon eine Anordnung Hadrian's soll diese Ansicht bestätigt haben, Caj. II. 221, und daß sie später herrschendes Recht wurde, sehen wir theils aus Ulp. fragm. XXIV. 11. Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per *vindicationem*, was jedoch selbst nach der Proculianischen Ansicht nur mit Modification zu verstehen ist (zu Note 6), theils aus C. de legat., VI. 37. l. 12. — Aus einer spätern Zeit erfahren wir, daß ein Präceptionslegat an einen Miterben auch für den Fall gültig war, wenn der Gegenstand desselben in Geld bestand, hätte gleich der Erblasser kein Geld hinterlassen, Paulus Rec. Sent., III. 6. §. 1. Zu vergl. D. famil. herc., X. 2. l. 25. §. ult. Dies scheint jedoch nicht erst späteres Recht zu sein. Denn die Art und Weise, wie sich Cajus (II. 220) ausdrückt (*aliquo tamen casu* etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur, *veluti* etc.), weist darauf hin, daß die Sabinianer mehr als in einem einzigen Fall ein legatum rei alienae per praeceptionem zuließen. Ob die Proculianer auch hierin zugestimmt haben, und ausnahmeweise das Legat wie in dem Fall von Note 6 aufrecht erhielten und die actio famil. hercisc. zuließen, das wissen wir nicht, ist aber wahrscheinlich, weil Paulus, von dessen Aussprüchen es sich hier handelt, einer Zeit angehört, wo die Proculianische Ansicht die herrschende war; man müßte denn annehmen, Paulus sei etwa sabinianisch gesinnt, oder das spätere Recht aus Sabinianischer und Proculianischer Meinung gemischt gewesen. — Noch weiter zu gehen und in Beziehung auf D. ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 72, etwa zu behaupten, daß überhaupt nach früherem Rechte schon eine res aliena Gegenstand des Präceptionslegats sein konnte, oder wenigstens Einzelne dieser Meinung waren (wie also Pomponius und Aristo), dazu liegt in der angeführten Stelle lediglich kein Grund, indem aus derselben nicht erhellt, daß das dort bezeichnete Legat gerade als Präceptionslegat und nicht vielmehr nach dem Sctum Neronianum aufrecht erhalten wurde. Das Letztere wird sogar aus dem Inhalt der Stelle sehr wahrscheinlich.

8) So scheint man wenigstens nach Caj. II. 223 annehmen zu dürfen. Eigenthümlich war es aber, bei dem legatum per praeceptionem eine Anwachsung anzuerkennen, jedenfalls von Seiten der Sabinianer, welche aus diesem Legat nur ein obligatorisches Recht zwischen den Miterben entstehen ließen, aber auch von Seiten der Proculianer wenigstens für die Fälle, wo auch nach ihrer Ansicht nur die actio familiae herciscundae stattfand.

9) Caj. II. 209. — Ulp. fragm. XXIV. 5.

10) Caj. II. 210. — Ulp. fragm. XXIV. 10. — Zu vergl. D. de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 14 und 15.

11) Caj. II. 211. — Daß es genüge, wenn der Erbe den Gegenstand auch erst nach dem Tode des Erblassers erlange, widerspricht geradezu Caj. II. 212, wenn man hier nicht ohne allen Grund vor *inutile* ein *non* einschaltet. Denn dadurch daß Cajus fortfahrend auf den Fall übergeht, wo der Erbe auch nach dem Tode des Erblassers die Sache nicht erlangt, wird die Nothwendigkeit der Einschaltung eines *non* nicht begründet. Im Gegentheil zeigt die Art des Uebergangs (Quid ergo est?), daß Cajus den vorher besprochenen Fall noch nicht für erledigt hält, was ja ganz anders sein würde, wenn er geschrieben hätte *non* inutile. Er erledigt ihn aber implicite durch die Art und Weise, wie er den zweiten Fall entscheidet. In der That würde es unerklärlich sein, daß auch ein unbedingtes legatum sinendi modo gültig gewesen sein sollte, obgleich dasselbe zur Todeszeit des Erblassers keinen Bestand gehabt hätte.

12) Da es sich hier nur von einer obligatio handelt, welche der Erblasser anordnet.

13) Paulus Rec. Sent., III. 6. §. 11. — Zu vergl. D. de lib. leg., XXXIV. 3. l. 16. 18.

14) Z. B. ein Forderungsrecht des Erblassers oder Erben, eine liberatio an einen Schuldner derselben ꝛc.

15) Auf ein solches Legat scheint zu gehen D. de legat. I. l. 23. vergl. mit Caj. II. 280.

16) Caj. II. 213—214. — D. de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 14. — de lib. leg., XXXIV. 3. l. 16. l. 18. — Ob die Ansicht, welche nach der Darstellung des Cajus offenbar nicht die herrschende war (Caj. l. c. . . . sunt tamen qui putant etc.), die nämlich, daß der Erbe nur patientia zu leisten habe, dem Wesen des Legats mehr entsprochen habe, kann hier dahin gestellt bleiben. Daß sie aber später die geltende gewesen sei, läßt sich durch den westgothischen Cajus (II. 5. §. 6) um so weniger beweisen, als in der That die Darstellung bei diesem auch nicht zu der Ansicht paßt, welche nur eine patientia zum Inhalt der obligatio machte. Denn auch sie geht nicht über eine obligatio hinaus. Die Darstellung des westgothischen Cajus aber enthält, ganz wörtlich aufgefaßt, ein für das frühere Recht rein unerklärliches Ergebniß. Indessen dürfte weiter auf diese Einzelheit hier einzugehen nicht der Ort sein.

17) Zu vergl. Caj. II. 215.

§. 5.
Das Senatusconsultum Neronianum.

Wie verschieden auch die vier Legatsarten unter sich waren, so fanden sie doch einen Vereinigungspunkt in dem Damnationslegat. Jedes Legat nämlich, das seiner Form nach zunächst per vindicationem, per praeceptionem oder sinendi modo hinterlassen war, als solches aber aus irgend einem Grunde nicht gelten konnte, wurde in Folge des Sctum Neronianum als legatum per damnationem aufrecht erhalten [1]), vorausgesetzt nur, daß dasselbe, wäre es von Anfang an per damnationem angeordnet worden, Gültigkeit gehabt hätte [2]).

Veranlassung oder etwa Folge dieses Senatsbeschlusses war die Sitte, welche wir später vorfinden, verschiedene Formen der Legate mit einander, oder auch die Legatsform mit dem Fideicommiß zu verbinden, und auf diese Weise den Erfolg des Vermächtnisses zu sichern, oder dem Vermächtnißnehmer die Möglichkeit zu gewähren, daß er auf die vortheilhafteste Art den Willen des Erblassers für sich geltend mache [3]). Veranlassung, wenn wir annehmen dürften, daß diese Sitte schon früher bestand, daß es namentlich häufiger vorkam, das Damnationslegat mit den übrigen Legaten zu vereinigen [4]), so daß das Sctum Neronianum nur gesetzlich feststellte, was sich als Bedürfniß im Leben schon auf andere Weise rechtlich Geltung zu verschaffen suchte [5]). Wollte man jedoch Anstand nehmen, bei der sonst strengen Sonderung der Legatsformen die Möglichkeit einer Verbindung verschiedener Legatsformen, z. B. des Vindicationslegats mit dem legatum per damnationem für die frühere Zeit anzuerkennen, so konnte doch seit dem Sctum Neronianum kein Bedenken mehr

gegen dieselbe obwalten; und demnach würde die genannte Sitte als Folge dieses Senatusconsults erscheinen [6]. — Jedenfalls war es aber ein Ausfluß dieser gesetzlichen Anordnung, daß man es mit den einzelnen Legatsformen überhaupt nicht mehr so genau nahm, indem man gewiß war, daß das Legat unter allen Umständen als Damnationslegat werde aufrecht erhalten werden. So tritt uns namentlich die Form des Vindicationslegats in solchen Fällen entgegen, wo dem Gegenstande nach von einem derartigen Legate entweder ganz und gar nicht, oder doch nicht durchgreifend die Rede sein konnte [7].

Durch die Sitte nun verschiedene Legate mit einander und Legate mit einem Fideicommisse zu verbinden, sodann durch die in Folge des Sctum Neronianum eingetretene minder genaue Beachtung der einzelnen Legatsformen — durch beides mußten diese Formen, oder die Ausdrücke, in welchen die Legate je nach ihrer Art angeordnet werden sollten, an Bedeutung verlieren. Allerdings wenn der Erblasser ein Legat mit einer bestimmten Berechtigung, z. B. einer vindicatio und nur mit ihr gewähren wollte, so wird er auch die entsprechende Form gewählt haben; er hatte jedoch, um seine Absicht zu erreichen, darauf zu sehen, daß das Legat in dieser Form bestehen konnte. War es aber dem Erblasser blos um das Legat überhaupt zu thun, und nicht um eine bestimmte Gerechtsame dieser oder jener Art, so stund es in seinem Belieben, welche Form er wählen wollte; wenn das Legat nur als Legat Geltung haben mochte (optimum jus), so konnte er auch gewiß sein, daß dasselbe jedenfalls als Damnationslegat von Erfolg sein werde. Uebrigens war es dem Erblasser unbenommen, verschiedene Legatsformen und mit diesen etwa auch eine fideicommissarische Anordnung zu verbinden.

1) Caj. II. 197. 198. 212. 218. 220. 222. — Ulp. fragm. XXIV. 11ᵃ.

2) Ulp. fragm. l. c. . . . . quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset: optimum antem jus legati per damnationem est. — Caj. II. 198. 218.

3) So finden wir das Vindicationslegat durch einen allgemeinen Zusatz mit dem Damnationslegat und Fideicommiß verbunden in D. de liber. leg., XXXIV. 3. l. 28. §. 2, zu vergl. D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 89, ferner das Vindicationslegat mit dem Fideicommiß in D. eod., l. 31. §. 4. — de adim. vel. transf. leg., XXXIV. 4. l. 30 pr. §. 4. — de cond. et demonstr., XXXV. 1. l. 36 pr., das Damnationslegat mit dem Fideicommiß in D. de legat. III. l. 95, endlich das Vindicationslegat mit dem Damnationslegat in dem Testamente des Dasumius (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss., B. 12. S. 389), und das Vindicationslegat mit dem legatum per praeceptionem in D. de legat. II. l. 88 pr. — de legat. III. l. 92. — de pecul. legat., XXXIII. 8. l. ult. —

4) Eine Vereinigung des Vindicationslegats mit dem Damnationslegat wenigstens in gewissem Betrachte dürfen wir wohl auch in D. de legat. III. l. 30. §. 1 finden und somit nach der Inschrift auf die Zeit Labeo's zurückführen.

5) Daß sich jedoch die Sitte auch nach dem Sctum Neronianum noch forterhielt, hat durchaus nichts Auffallendes. Theils hätten wir hier nicht das einzige Beispiel im Röm. Rechte, daß sich ein Rechtsgebrauch forterhielt, auch nachdem der Grund dazu hinweggefallen war. Theils aber war die Verbindung verschiedener Legatsformen nicht durchweg durch das Sctum Neronianum überflüssig geworden, sondern nur die Verbindung des Damnationslegats mit einem der andern Legate. Namentlich wurde die Verbindung der Legate z. B. des Vindicationslegats mit dem Fideicommiß durch jenes Senatusconsultum gar nicht berührt, indem sich dasselbe auf das Verhältniß des Legats und Fideicommisses gar nicht bezog.

6) Mir kommt es jedoch wahrscheinlicher vor, daß wir in der besprochenen Sitte die Veranlassung und nicht die Folge des Senatusconsultum vor uns haben. Denn trotz aller Strenge der Legatsformen kann ich nicht einsehen, was ihrer Verbindung im Wege gestanden sein sollte.

7) D. de legat. II. l. 46. Si scripsisset qui legabat: quidquid mihi Lucium Titium *dare facere oportet,* Sempronio *lego* etc. — l. 88. §. 8. Civibus meis *do lego chirographum* Gaii Seii etc. — de instr. v. instrum. leg., XXXIII. 7. l. 20. §. 1. Liberto suo quidam praedia legavit his verbis: Seio liberto meo fundos illum et illum *do lego* . . cum dotibus et *reliquis* colonorum etc. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 19. §. 1. . . . . quidquid mihi Ephesi *oportet dari, do lego* etc. — Zu vergl. D. de legat. II. l. 76. §. 1. — de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 37.

§. 6.
Aufhebung der Wortformen.

Es ist daher ein, in richtiger Schätzung des bis dahin geltenden Rechts begründeter Fortschritt gewesen, welchen in dem zweiten Viertel des vierten Jahrhunderts eine Verordnung herbeigeführt hat [1]), die mit zwei andern Verordnungen [2]) wo nicht ein Ganzes bildete, so doch aus einem und demselben Geiste hervorgieng [3]). Jene Verordnung setzte nämlich fest, es solle bei Legaten und Fideicommissen nicht mehr nöthig sein, sich bestimmter Wortformen zu bedienen [4]), und es sei nicht darauf zu sehen, durch welche Ausdrücke und Redensarten der Erblasser seinen Willen erklärt habe [5]). Dagegen hat diese Verordnung weder die innern Unterschiede zwischen den vier Legatsarten aufgehoben [6]), noch Legate und Fideicommisse einander gleich gestellt [7]). Da sie jedoch für jene wie für diese alle eigenthümlich gefaßten Ausdrücke für überflüssig erklärte, so war nun, der Erblasser mochte diese oder jene Worte gebraucht haben [8]), Alles auf dessen Willen gestellt, ob er ein Legat oder ein Fideicommiß, dieses oder jenes Legat bestimmt, oder überhaupt nur eben ein Vermächtniß, sei's als Legat oder Fideicommiß, anordnen wollte [9]). Es konnte jedoch in vielen Fällen nicht anders sein, als daß man eben nicht klar wußte, worauf der Erblasser seinen Willen gerichtet habe, auf ein Legat und auf welches Legat, oder auf ein Fideicommiß. Da wird man sich wohl damit geholfen haben, daß man die Anordnung entweder als Damnationslegat, oder als Fideicommiß aufrecht erhielt. Eine nothwendige Folge hievon mußte es sein, daß sich die Verschiedenheit von Legaten und Fideicommissen, und namentlich die zwischen den viererlei Legaten allmählig verwischte [10]).

1) C. de legat., VI. 37. l. 21.

2) C. qui admitt. ad bon. poss., VI. 9. l. ult. — de testam., VI. 23. l. 15.

3) Dafür daß die drei Constitutionen ursprünglich einer einzigen angehört haben, welche von den Verfassern des Codex in drei zerlegt worden sei, spricht so Manches, daß diese Annahme wenigstens als eine sehr wahrscheinliche betrachtet werden kann (zu vergl. Jac. Gothofredus, Chronol. Cod. Theod. pag. XL und XLI. — Corp. jur. civil. etc. continuat. cura studioque Aem. Herrmanni etc. pars altera [Lips. 1848] ad h. l.). Jedenfalls spricht sich in denselben der gleiche Geist aus, indem die eine für das Ansuchen um bonorum possessio, die andere für die Erbeseinsetzung, und die dritte endlich für Legate und Fideicommisse den Gebrauch besonderer, förmlicher Worte abschafft und für überflüssig erklärt. —

4) In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia etc.

5) Ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit aut quis loquendi usus effuderit.

6) Wie dies schon die Glosse (ad h. l.) richtig anerkannte.

7) Beides ist erst durch Justinian geschehen.

8) Selbst darauf konnte nach dieser Verordnung nichts mehr ankommen, ob sich der Erblasser gebietender oder bittender Ausdrücke (verba imperativa, precativa) bediente. Die Nothwendigkeit, jene für Legate, diese für Fideicommisse zu gebrauchen, gehörte ebenfalls zur verborum observantia und mußte mit dieser fallen. Sollte es gleichgültig sein, quis talem voluntatem verborum casus exceperit aut quis loquendi usus effuderit, so mußte es auch gleichgültig sein, ob man in verbis imperativis ein Fideicommiß oder in verbis precativis ein Legat anordnete. Der Wille des Erblassers entschied. Dieß bestätigt auch Justinian in C. commun. de legat., VI. 43. l. 2 und in J. de legat., II. 20. §. 3. — Wenn man nämlich in jener die Einleitung von den dispositiven Worten, welche mit „Sit igitur etc.“ beginnen, unterscheidet, so sagt Justinian einleitend, es komme für Legate und Fideicommisse jetzt schon lediglich nichts darauf an, ob man verba directa oder precaria gebrauche (Omne verbum, significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum *est*, sive *directis verbis* etc.). Die dispositiven Worte bestättigen dann das bestehende Recht (Sit igitur, secundum quod diximus, ex omni parte verborum non inefficax voluntas etc.), und erweitert dasselbe in der Weise, daß auch innerlich, in Rücksicht der Rechtsgrundsätze zwischen Legaten und Fideicommissen kein Unterschied sein solle (et omnia, quae naturaliter insunt legatis etc.). Gerade diese innere Gleichstellung der Legate und Fideicommisse ist es allein, die Justinian in den Institutionen (l. c.) als Inhalt der eben besprochenen Anordnung hervorhebt, zum Beweis,

daß, was das Aeußere, die gebrauchten Worte anbelangt, zwischen beiden schon vorher kein Unterschied obwaltete.

9) Wo dann das Vermächtniß nach seinem Willen beurtheilt, und in dem letzten Fall wohl als Damnationslegat oder Fideicommiß behandelt wurde.

10) Dieß spricht auch Justinian im Eingange von C. commun. de legat., VI. 43. l. 1 beinahe mit dürren Worten aus: Quum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, *personalem plerumque actionem* (aus dem Damnationslegat oder Fideicommiß) habere noscuntur, quis vel vindicationis, vel sinendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas, optimis rationibus usa, *nec facile* suscepit nec *inextricabiles* circuitus *laudavit* etc.

---

§. 7.

Gleichstellung der Legate und Fideicommisse.

Somit ist Justinian nur einem Bedürfniß, das sich theilweise schon selbst Geltung im Leben verschafft hatte, zu Hülfe gekommen, wenn er die verschiedenen Arten von Legaten und sofort auch Legate und Fideicommisse unter einander gleich machte [1].

I. Er hat die verschiedenen Arten der Legate gleich gemacht, indem er allen Legatarien eine und dieselbe Eigenschaft beilegte [2], und als Folge hievon allen Legatarien eine actio in rem und in personam gewährte [3]. Alle Legate sind demnach a) durch eine actio in rem geschützt, d. h. nicht alle Legate ohne Rücksicht auf deren Gegenstand, sondern alle Legate ohne Rücksicht auf die Art des Legats, oder vielmehr die Art der Verschaffung [4]. Diese actio in rem, welche als ein Ausfluß der gleichen Natur aller Legate und des durch dieselbe erzeugten Rechtsverhältnisses zu betrachten ist, läßt keinen Zweifel dagegen aufkommen, daß nach der Absicht Justinians fortan jedes Legat Eigenthum und jus in re unmittelbar erzeugen, und folglich mit einem Worte jedes Legat ein Vindicationslegat sein sollte [5]. Dabei muß

jedoch die natürliche Voraussetzung gemacht werden: sofern das Legat seinem Gegenstande nach ein dingliches Recht und eine actio in rem herbeiführen könnte. Dieß kann es nun in keinem Falle, wenn es sich auf ein obligatorisches Verhältniß bezieht, z. B. ein legatum nominis, debiti, liberationis ist [6]); und ebensowenig kann es dieß, wenn dasselbe auf eine fremde Sache, oder auch nur auf eine Sache des Erben gerichtet ist [7]). Demnach können wir Justinian's Anordnung kurz so ausdrücken: ist der Gegenstand des Legats eine Sache des Erblassers, oder ein jus in re an einer solchen Sache, oder endlich ein dem Erblasser zustehendes jus in re [8]), so entsteht aus dem Legat ein dingliches Recht, das der Legatar alsbald mit einer actio in rem geltend machen kann [9]).

b) Aus allen Legaten geht aber auch eine actio in personam, d. h. eine obligatio hervor [10]). Diese obligatio ist nicht nach dem jus strictum, sondern nach bona fides zu beurtheilen, und folglich jene actio in personam keine condictio, wie sie ehemals bei dem Damnationslegat Statt fand, sondern eine nach bona fides zu beurtheilende actio, gleich der actio extraordinaria, die ehemals bei Fideicommissen eintrat. Dieß ist sicher als die Meinung Justinian's anzunehmen [11]), und bei dieser Annahme verschwindet auch alles Ungewöhnliche, was außerdem in der Verbindung der actio in personam mit der actio in rem gelegen wäre [12]). Der Gehalt der actio in personam ist natürlich verschieden nach dem Gegenstande des Legats und selbst da noch von Bedeutung, wo eine actio in rem ebenfalls zuläßig ist [13]). Nur ausnahmsweise und unter Voraussetzung gewisser Umstände kann auch nach Justinianischem Recht ein Vermächtniß Veranlassung zu einer condictio werden, so daß dann die letztere mit der regelmäßigen bonae fidei

actio zusammentrifft, und sogar die Möglichkeit gegeben ist, daß neben beiden auch noch eine vindicatio als gegen einen, qui dolo malo desiit possidere, Platz greift [14]).

Indessen glaubte Justinian, indem er aus allen Legaten eine actio in personam, in rem und noch überdieß eine actio hypothecaria gewährte, nur im Sinne der Erblasser und aus ihrem Willen heraus zu handeln [15]). Und demnach ergiebt sich denn von selbst, daß der Erblasser ein Legat auch unter der Bestimmung verschaffen kann, der Legatar solle nur eine actio in rem, oder nur eine actio in personam haben. Insofern, aber freilich auch nur insofern ist selbst nach der Verordnung Justinian's noch ein reines Vindicationslegat möglich.

1) C. commun. de legat., VI. 43. l. 1 und 2. —

2) C. eod., l. 1. . . . . omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere etc.

3) C. eod. et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res vindicare in rem actione instituenda etc. — Es ist eine eben so unerklärliche als ungerechfertigte Behauptung, daß Justinian nur den Legatarien nicht den Legaten habe wollen unam naturam imponere. Er nennt zwar hier die Legatarien; aber können denn diese eine Berechtigung haben, die ihnen nicht vermöge der Natur des Legats zusteht? Sie haben eine actio in personam und in rem heißt doch in der That nichts anderes als: das Legat erzeugt eine obligatio und ein dingliches Recht. Den sichersten Beleg für die hier gegebene Auffassung bietet indessen Justinian selbst dar, wenn er den Inhalt seiner Anordnung in den Inst.tutionen so angiebt, J. de legat., II. 20. §. 2. . . . . nostra autem constitutio . . . . disposuit, ut omnibus *legatis* una sit natura etc. Indem Justinian allen Legatarien una natura beilegte, hat er sie allen Legaten beigelegt; indem er jenen eine actio in rem und in personam verliehe, hat er sie mit diesen verbunden d. h. er hat alle Legate gleich gemacht.

4) C. eod. . . . . quatenus eis liceat, easdem res, vel *per quodcunque genus legati* vel per fideicommissum fuerint derelictae etc. — Justinian sagt nicht: quodcunque fuerit derelictum oder etwa: quaecunque res fuerint derelictae, sondern „*per quodcunque genus* legati . . . fuerint derelictae". Die Institutionen (l. c.) drücken dieß so aus: quibuscunque verbis aliquid relictum sit. Also nicht der Gegenstand der Verschaffung sondern deren Art und Weise soll keinen Unterschied begründen.

5) Wenn man freilich die actio in rem als eine besondere, von der Natur der durch das Legat begründeten Gerechtsame unabhängige actio ansieht, und sie auch da eintreten läßt, wo das Legat nicht unmittelbar ein dingliches Recht gewährt, dann muß man dieselbe nothwendig als eine Anomalie betrachten und kann sich nur durch Unterscheidung von actio directa und utilis helfen. Eine solche Anomalie darf aber nur da angenommen werden, wo sie entschieden angeordnet ist. Das ist hier keineswegs der Fall. Die Stelle des Codex, die für uns maaßgebend ist, erklärt sich auf die im Texte bezeichnete Weise ganz gut. Wohl sagt sie, alle Legatarien sollen eine actio in rem haben, allein das heißt doch nicht: alle ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Legats, sondern es heißt: alle ohne Rücksicht auf die Art des Legats oder die Art der Anordnung. Denn daß es Gegenstände eines Legats giebt, wo von einer actio in rem gar nicht die Rede sein kann, dieß wird ja von Niemanden bestritten. — Zu vergl. Note 6 ff

6) Schon hieraus ergiebt sich, daß der Ausdruck: alle Legatarien unmöglich ohne Rücksicht auf die Gegenstände des Legats verstanden werden kann.

7) Daß kein dingliches Recht hier entstehe, wird wohl Jedermann zugeben. Nur bei einer Sache des Erben ließe sich ohne dingliches Recht eine anomalische actio in rem denken, während bei fremden Sachen nicht einmal diese gedenkbar ist. Auch hier zeigt sich wiederum, wie die Worte: alle Legatarien nur in Beziehung zu den Gegenständen aufzufassen sind. — Zu vergl. Note 5.

8) Sofern er dasselbe an den Eigenthümer zurücklegirt, wo dann dieser eine actio negatoria hat, oder sofern es ein übertragbares jus in re ist.

9) Daß nur in den, im Text angegebenen Fällen eine actio in rem zulässig sei, geht aus den Worten Justinians selbst hervor. Nachdem er bestimmt hat, daß allen Legatarien nicht blos eine actio in personam, sondern auch eine actio in rem und eine actio hypothecaria gewährt werden solle, und nachdem er die Zugestehung der letztern noch besonders gerechtfertigt hat, fährt er fort: Si enim testator . . . . . apparet, ex ejus voluntate etiam praefatas actiones contra *res testatoris* esse instituendas etc. Unter den praefatae actiones können nur die actio in rem und hypothecaria gemeint sein, da der Pluralis unmöglich auf die actio hypothecaria allein, auf die actio in personam hingegen nicht gehen kann, weil diese nicht contra res testatoris gerichtet ist. Also die actio in rem soll wie die hypothecaria contra res testatoris gehen. Wenn nun auch die letztere die res testatoris umfassender ergreift, weil der ganze Nachlaß mithin auch obligationes von dem Pfandrechte umfaßt werden, so zeigt doch Justinian, daß er bei der actio in rem blos res testatoris und nicht fremde Sachen oder Sachen des Erben im Auge habe. —

10) C. l. c. — J. l. c.

11) Man könnte etwa zu dem Glauben versucht sein, Justinian habe überhaupt nicht für Legate und Fideicommisse dieselbe actio in personam verleihen, sondern es eben bei den actiones in personam belassen wollen, welche für jene und diese nach dem bisherigen Rechte schon bestanden. Allein dieß widerspräche der Absicht Justinians, allen Legaten und Fideicommissen die nämliche Eigenschaft zu geben (unam naturam imponere), und seinem Bestreben, die verschiedenen Arten der Legate aufzuheben. Denn für das legatum per damnationem, sinendi modo und per praeceptionem bestanden nach dem frühern Rechte verschieden geartete actiones in personam, in deren Fortdauer auch diese verschiedenen Arten der Legate fortgedauert hätten. Außerdem wüßte man gar nicht, welche actio in personam neben der actio in rem Platz zu greifen hätte, indem früher, wo eine actio in rem eintrat, d. h. beim Vindicationslegat gar keine actio in personam als unmittelbare Klage aus dem Testamente vorkam. Offenbar wollte Justinian für alle Legate eine actio in personam gewähren. Daß nun diese actio in personam nicht die condictio des Damnationslegats sein sollte, zeigt theils der Umstand, daß Justinian in der Stelle des Codex die Fideicommissarien neben den Legatarien nennt. Denn es ist viel wahrscheinlicher, er werde die Klage, welche bis dahin für Fideicommisse Statt fand, verallgemeinert haben als die für das Damnationslegat, da seine Zeit gewiß nicht dem strictum jus zudrängte. Theils aber nennt sie Justinian selbst eine fideicommissi persecutio. Nov. CVIII. c. 2. — Zu vergl. D. de legat. II. l. 89. §. 4, eine Stelle, die ohne Zweifel interpolirt ist. —

12) Bekanntlich hält das römische Recht die condictio für unvereinbar mit einer actio in rem, während neben andern actiones in personam auch actiones in rem wohl möglich sind, D. commod., XIII. 6. l. 8 und 9 — de pign. act., XIII. 7. l. 13 pr. l. 40 pr. — depos., XVI. 3. l. 17. §. 1. — C. depos., IV. 34. l. 1. — D. locat., XIX. 2. l. 39. — de reb. auct. jud. poss., XLII. 5. l. 24. §. 2. — Allerdings giebt es in einzelnen Fällen Ausnahmen, allein es sind eben Ausnahmen, die besonders anerkannt sein müssen. In dem vorliegenden Falle müßten wir die Ausnahme erst in die betreffende Codexstelle hineintragen, um sie wieder heraus zu finden. Nehmen wir an, die actio in personam ist die ehemalige actio wegen Fideicommisse, die nach bona fides beurtheilt wurde, so ist Alles im Reinen. Eine actio in rem neben ihr hat nichts Auffallendes mehr, indem sie sich mit ihr recht wohl verträgt. — Zu vergl. §. 8 zu Note 12.

13) Darüber wird später das Nähere vorkommen.

14) Es gehört hierher zunächst D. de reb. cred., XII. 1. l. 9. §. 1. Competit haec actio (nämlich die certi condictio) etiam ex legati causa etc. Für diese Stelle muß auch im Justinianischen Rechte eine Bedeutung gesucht und gefunden werden, da sie in die Pandekten aufgenommen worden

ist, und wir keinen Grund haben ihre Aufnahme einem Versehen zuzuschreiben. Wir werden aber ihre Bedeutung für das Justinianische Recht leicht ermitteln, wenn wir sie zunächst mit Rücksicht auf die Zeit ihrer Abfassung in Erwägung ziehen. — I. Ulpian, von dem die Stelle herrührt, konnte und wollte gewiß nicht sagen, daß aus jedem Legate eine condictio certi hervorgehe. Das Vindicationslegat erzeugte nach dem Rechte seiner Zeit zunächst gar keine actio in personam; das sinendi modo legatum wenigstens seit Julian gar keine condictio, indem es ähnlich den Fideicommissen nach bona fides beurtheilt wurde (Oben §. 2. zu Note 12. — §. 1. zu Note 21), obgleich die formula dafür die Fassung einer condictio incerti (Caj. II. 213) hatte; das legatum per praeceptionem endlich war weder nach der Proculianischen noch nach der Sabinianischen Meinung mit einer condictio geschweige mit einer certi condictio geltend zu machen (§. 4 zu Note 2. 5 und 6). Unsere Stelle kann sich daher, wenn man die Zeit ihrer Abfassung im Auge behält, hauptsächlich nur auf das Damnationslegat beziehen. Doch auch für dieses fand nicht immer eine certi, sondern häufig eine incerti condictio Statt, da bekanntlich auch ein incertum Gegenstand des Damnationslegats sein konnte und gewiß ganz und gar nicht selten war. Der Sinn unserer Stelle kann folglich nur der sein, auch aus einem Legat, oder besser auch aus dem Grunde, aus der Veranlassung eines Legats (ex legati causa) könne Jemanden eine condictio certi zustehen. Nach der Meinung Ulpian's soll nicht jedes Legat eine solche condictio hervorrufen, sondern ein Legat eben auch eine Veranlassung zu ihr sein können. Fassen wir die Stelle in dieser Weise auf, so beschränkt sie die condictio certi auch nicht auf das Damnationslegat, und daher entsteht die weitere Frage, ob denn in dem Zeitalter Ulpian's noch andere Legate außer dem Damnationslegat den Grund zu einer condictio und namentlich zu einer condictio certi abgeben konnten? Diese Frage müssen wir unbedenklich bejahen. Halten wir uns blos an das Vindicationslegat! Gesetzt der Erbe hatte den Gegenstand desselben verbraucht und dadurch dem Legatar die eigentliche vindicatio unmöglich gemacht; sollte der Legatar nun um sein Legat gekommen sein? Ohne Zweifel, nicht. Hatte der Erbe nicht wissentlich gehandelt, so fand gegen ihn, wie in andern ähnlichen Fällen eine condictio sine causa Statt, soweit er bereichert war (D. de reb. credit., XII. 1. l. 23. — de act. emt., XIX. 1. l. 30 pr. in f.); hatte er wissentlich, also mala fide gehandelt, so konnte nicht nur eine vindicatio gegen ihn durchgesetzt werden, als gegen einen solchen, der dolo malo sich des Besitzes entschlagen hat, sondern es war auch eine condictio ob injustam causam gegen ihn zulässig (D. de cond. ob turp. caus., XII. 5. l. 6). Ich kann es dahin gestellt sein lassen, ob nicht auch das legatum per praeceptionem die Veranlassung zu einer condictio werden konnte; was nach der Proculianischen Ansicht kaum zu bezweifeln sein dürfte. Es genügt die Hinweisung auf das Vindications-

legat um die behauptete Auffassung unserer Stelle mit Rücksicht auf das Recht ihrer Zeit zu rechtfertigen; sie begreift auch das Vindicationslegat, indem auch in ihm der Grund zu einer condictio certi liegen konnte, wenn z. B. pecunia oder res certa per vindicationem legirt war, der Erbe jedoch den Gegenstand des Legats verbraucht und hiedurch dem Legatar die vindicatio entzogen hatte. Dieß führt von selbst II. auf ihre Bedeutung vom Standpunkte des Justinianischen Rechts aus. Nach diesem Rechte hat der Legatar, wenn der Erblasser eine eigene Sache oder ein jus in re an einer eigenen Sache vermacht hat, eine vindicatio und eine actio in personam, gerade so wie in manchen andern Fällen actiones in rem und in personam neben einander vorhanden sind (zu vergl. Note 12). Wie nun aber weiter in diesen Fällen die vindicatio unter Umständen sich in eine condictio verwandelt und die letztere als eine condictio certi sich darstellen kann (D. de reb. cred., XII. 1. l. 4. §. 1. — de jurej., XII. 2. l. 28 §. 4. — depos., XVI. 3. l. 13. §. 1), und neben der ursprünglichen actio in personam z. B. der actio pignoratitia, depositi u. s. w. auch eine condictio Platz greift, und überdieß möglicher Weise noch eine vindicatio als gegen einen solchen, der dolo desiit possidere; eben so auch hier. Wenn der Beschwerte die vom Erblasser verschaffte Sache verbraucht und dem Bedachten dadurch die vindicatio entzieht, so hat der letztere nicht blos die unmittelbare actio ex testamento, welche bonae fidei ist, sondern auch eine condictio, und die letztere kann dann auch certi condictio sein. So bietet unsere Stelle auch für das Justinianische Recht einen guten Sinn dar, im wesentlichen denselben, wie für die Zeit ihrer Abfassung, obgleich das Damnationslegat hingefallen ist. Sie sagt einfach, auch aus Veranlassung eines Legats (ex legati causa) trete eine condictio certi ein, natürlich wenn die Voraussetzungen dazu vorhanden sind. Diese Voraussetzungen waren für die Ulpianische Zeit häufiger als für die Justinianische, weil es in jener Zeit noch ein Damnationslegat gab. Aber darum enthält die Stelle für diese nicht minder als für jene Zeit einen dem geltenden Rechte entsprechenden Grundsatz. — Wie sich auf diese Weise die eben besprochene l. 9. §. 1 und ihre Aufnahme in die Digesten erklärt, so noch andere Stellen, welche darauf hinweisen, daß auch in Folge eines Legats eine condictio und sogar eine condictio certi eintreten könne, z. B. D. depos., XVI. 3. l. 12. §. 3. — de V. O., XLV. 1. l. 23. — Wenn in einzelnen dieser Stellen diese condictio auch eine actio ex testamento genannt wird (z. B. D. depos., l. 12. §. 3), so dürfen wir für das Justinianische Recht an dieser Ausdrucksweise keinen Anstoß nehmen, so wenig als die Verfasser der Digesten veranlaßt waren, eine Aenderung vorzunehmen. Die unmittelbare actio ex testamento ist im Justinianischen Rechte bonae fidei; allein die unter Umständen mit ihr concurrirende condictio, sei diese certi oder incerti, hat denn doch auch, als ex legati causa hervorgehend, ihre Wurzel in dem letzten Willen, und kann daher ebenfalls

unbedenklich actio ex testamento benannt werden. Mittelbar ist sie es in der That.

15) C. commun. de legat., VI. 43. l. 1. . . . . . apparet, ex ejus *voluntate* etiam praefatas actiones . . esse instituendas, ut omnibus modis *voluntati* ejus satisfiat etc. — J. de legat., II. 20. §. 2. . . . . defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis, sed *voluntatibus* eorum faventes etc.

---

§. 8.

Justinian hat nicht blos die verschiedenen Arten von Legaten, sondern auch:

II. Legate und Fideicommisse einander gleich gestellt. Den Anfang hiezu machte er durch die Bestimmung, daß aus jedem Fideicommiß wie aus jedem Legat ein dingliches Recht und eine obligatio, eine actio in rem und in personam hervorgehen [1], der Legatar die gleiche actio in personam mit dem Fideicommissar haben [2], jenem wie diesem auch eine actio hypothecaria zustehen solle [3]. Aber auch nur einen Anfang; wie denn in derselben Verordnung, welche die eben bezeichnete Bestimmung enthält, noch auf einen wesentlichen Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen hingewiesen wird [4].

Vollendet ward die Gleichstellung erst durch eine um etwa anderthalb Jahre jüngere constitutio [5]. In dieser constitutio wiederholt Justinian theils den längst geltenden Grundsatz, daß es auf die Worte, deren sich der Erblasser bedient, nicht ankomme [6], theils die von ihm selbst getroffene Verfügung, daß mit jedem Legat oder Fideicommiß eine actio in personam, in rem und eine actio hypothecaria verbunden sein solle [7]. Außerdem setzt er, und dieß ist eine ganz neue Anordnung, fest: jedes Legat solle auch Fideicommiß, jedes Fideicommiß auch Legat sein,

oder, wie man diese Anordnung auch ausdrücken könnte, jede letztwillige Verschaffung, die bis dahin Legat oder Fideicommiß war, soll nun Legat und Fideicommiß sein [8]). Dieß ist jedoch nicht so aufzufassen, als ob die bisherigen Grundsätze über Legate auf Fideicommisse oder umgekehrt die der letztern auf Legate ausschließlich zur Anwendung zu bringen wären. Vielmehr sollten in Zukunft Vermächtnisse, die nun Legate und Fideicommisse zugleich sind, nach den Grundsätzen von Legaten und Fideicommissen beurtheilt werden [9]). Versteht sich, soweit sie neben einander bestehen könnten. Sofern sie indessen, als einander entgegengesetzt, unvereinbar sein würden, hätte das bisherige Recht der Fideicommisse als das Billigere zu gelten [10]). Hiemit sind Legate und Fideicommisse einander durchweg gleich gemacht, und von dem Standpunkt der Justinianischen Verordnungen aus ist vollkommen wahr, was die Verfasser der Digesten schon Ulpian sagen lassen: per omnia exaequata sunt legata fideicommissis [11]).

Aus der Art der Gleichmachung jedoch, nämlich aus der Vorherrschaft, welche den Fideicommißgrundsätzen vor den Legatsgrundsätzen eingeräumt worden ist, ergiebt sich von selbst, daß jedenfalls in Folge der hier besprochenen Verordnung die mit den Legaten verbundene actio in personam nach den Grundsätzen, die für Fideicommisse Rechtens waren, also nach bona fides beurtheilt werden müßte, wäre dieß auch nicht schon vorher angeordnet gewesen [12]). Uebrigens darf auch bei dieser Gleichmachung nicht vergessen werden, daß Justinian nur dem Willen der Erblasser zu Hülfe kommen wollte [13]), und daher wird man auch zugeben müssen, daß durch den Willen des Erblassers eine Aenderung bewirkt werden könne, wenn derselbe etwa auf den sonderbaren Gedanken käme, seine letztwillige Anordnung z. B. aus-

schließlich als Legat, etwa als dieses oder jenes bestimmte Legat darzustellen, und dessen Grundsätzen ausschließlich zu unterwerfen [14]).

1) C. eod. .... omnibus vero tam legatariis quam *fideicommissariis* unam naturam imponere etc.

2) Zu vergl. der vorhergehende Paragraf.

3) C. eod. —

4) C. eod. .... Et haec disponimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si *a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur* etc.

5) C. commun. de legat., VI. 43. l. 2.

6) C. eod. .... Sit igitur, secundum quod diximus, ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis etc.

7) C. eod. .... et ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales etc.

8) C. eod. .... et omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intelligantur, et e contrario quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum .... et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur etc.

9) C. eod. .... et omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intelligantur, et e contrario quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet natura legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur etc. — J. de legat., II. 20. §. 3.

10) C. eod. .... Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, et secundum ejus dirimatur naturam etc.

11) D. de legat. I. l. 1. Etwas ausführlicher sagen die Institutionen de legat., II. 20. §. 3. .... necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed, quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura.

12) C. eod. .... Et nemo moriens putet, suam legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adjutorio, et quemadmodum viventibus providimus, ita et morientibus prospiciatur etc.

13) Oben §. 7 zu Note 11 und 12.

14) Practisch dürfte dieß schwerlich je werden.

§. 9.

Die Verordnung Justinians, daß aus jedem Legat und Fideicommiß ein dingliches Recht und eine actio in rem hervorgehen solle, sofern nur der Gegenstand der Verschaffung damit vereinbar wäre [1]), mußte Zweifel erregen, wie es zu halten sei, wenn ein derartiges Legat ex die certo verliehen wurde. Von dem Standpunkte des frühern Rechts aus war ein Vindicationslegat ex die certo ungedenkbar, weil darin ein unlöslicher Widerspruch gelegen wäre [2]). Ein solches Vindicationslegat hätte sich etwa durch Beseitigung des dies certus [3]), oder vermöge des Senatusconsultum Neronianum als Damnationslegat aufrecht erhalten lassen. Den Gegenstand eines Damnationslegats konnte indessen der Beschwerte ebensogut wie den Gegenstand eines Fideicommisses vor der Uebertragung auf den Legatar, oder Fideicommissar an Dritte wirksam veräußern. Nach jener Verordnung Justinian's, wodurch mit jedem Legat und Fideicommiß ohne Ausnahme auch eine obligatio verbunden worden war, mußte die Frage entstehen, ob Legate und Fideicommisse ex die certo ein dingliches Recht erzeugen, oder nur ein obligatorisches und ob daher der Beschwerte ihren Gegenstand wirksam veräußern könne? Diese Frage entscheidet Justinian unter Beziehung auf die genannte Verordnung [4]) dahin, das Legat sei pure oder ex die certo hinterlassen [5]), oder es sei ein solches Fideicommiß angeordnet [6]), so bewirke dasselbe allerdings ein dingliches, freilich vor dem dies certus nicht geltend zu machendes Recht, folglich dürfe der Beschwerte nicht, wie nach dem älteren Rechte [7]), veräußern, da die Sache wenigstens nicht ohne Einschränkung ihm gehöre [8]).

Hiebei ist jedoch Justinian nicht stehen geblieben. Bedingte Vindicationslegate waren vor Justinian nach der herrschenden

Ansicht der Sabinianer des Erben, der vor Eintritt der Bedingung darüber verfügen konnte, dessen Verfügung aber mit diesem Eintritt alle Wirksamkeit verlor [9]). Die Zuläßigkeit einer Verfügung über den Gegenstand eines bedingten Vermächtnisses (Legat und Fideicommiß) [10]) erkennt nun Justinian ebenfalls an [11]), aber er läßt nicht nur die Verfügung auf den Fall, daß die Bedingung eintreten sollte, unwirksam werden, sondern er schließt sogar die Usucapion dabei aus [12]), und überträgt diese Bestimmung auch auf Legate und Fideicommisse ex die certo [13]).

1) Oben §. 7.

2) Denn als ein unbedingtes Legat hätte es unmittelbar ein dingliches Recht und adita hereditate dem Legatar eine vindicatio verschaffen müssen, und doch hätte derselbe vor dem Eintritt des dies certus weder ein dinglich Berechtigter sein noch eine vindicatio haben sollen.

3) Indem man ihn als nicht hinzugefügt betrachtet haben würde.

4) C. commun. de legat., VI. 43. l. 3 §. 2. Sed quia nostra majestas . . . . actionesque tam personales quam in rem et hypothecarias dedimus, ... et ad hanc legem pervenimus etc.

5) C. eod. . . . . Nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt

6) C. eod. . . . . vel quae restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita

7) C. eod. . . . . secundum veterem dispositionem (schon der Ausdruck: *vetus* dispositio läßt es nicht zu, die nur wenige Jahre vorher erlassene C. eod. tit. l. 1 darunter zu verstehen)

8) C. eod. . . . . putet esse in posterum alienanda . . . . sed sciat, hoc quod *alienum* est, non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno juri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam *in suis bonis pure non possidet*, eam ad alios posse transferre etc. Justinian verschließt sich hier durchaus nicht gegen das Anomale, welches darin liegt, daß der vermachte Gegenstand schon vor dem Eintritt der Zeit des Legatars sein, dieser ihn aber vorher nicht ansprechen, das Vermächtniß vielmehr bis dahin dem Beschwerten verbleiben solle; aber er setzt sich darüber hinweg.

9) Zu vergl. oben §. 2. Note 11.

10) Die hier einschlagende Verordnung ist jünger als C. eod. tit. l. 2.

11) C. eod. §. 3. . . . . *melius quidem faciet,* et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat etc.

12) C. eod. §. 3. . . . . . sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur . . . . ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat etc.

13) C. eod. §. 3. . . . . quod similiter obtinere censemus in hujusmodi legatis, sive pure sive *sub die certo* . . . . in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare et sibi assignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

---

§. 10.

Insbesondere universelle Legate und Fideicommisse.

Sowohl die ganze Erbschaft, wie Theile derselben konnten vor Justinian Gegenstand eines Legates oder Fideicommisses sein [1]).

I. Die regelmäßige Weise, ein universelles Legat anzuordnen, war nach früherem Rechte die per damnationem [2]). Aber auch sinendi modo konnte dasselbe angeordnet werden [3]). Selbst in der Form des do lego legatum war es möglich, ein universelles Legat zu verschaffen [4]). Aber es hatte in dieser Form natürlich nur Wirksamkeit, sofern es nach den bei einem solchen Legat geltenden Grundsätzen in Rücksicht der in dem Nachlaß befindlichen Gegenstände als Vindicationslegat gelten konnte [5]); außerdem war es nur als Damnationslegat bei Kraft zu erhalten, indem man das Sctum Neronianum darauf anwandte. Dieß wird wohl in den meisten Fällen theilweise nöthig gewesen, und daher ein in der Form des legatum per vindicationem angeordnetes universelles Legat meistens, theils als solches, theils als Damnationslegat zur Geltung gekommen sein [6]). Auch stund nichts im Wege, ein universelles Legat per praeceptionem zu verschaffen, weder nach der Sabinianischen [7]), noch nach der Proculianischen Ansicht [8]).

Die aus einem solchen universellen Legate hervorgehende

Gerechtsame und Klage und deren Wirkungen waren natürlich verschieden nach der Art des Legats. Nur zwei Grundsätze [9]) scheinen bei allen universellen Legaten ohne Unterschied gegolten zu haben.

a) Der Legatar hatte nur Anspruch auf das Legat nach Abzug der Schulden. Selbst die Schulden des Erblassers gegen den Erben wurden abgezogen [10]). Ohne Zweifel lag hier der Gedanke zu Grunde: wer einen aliquoten Theil der Rechte beziehe, der sollte auch an den Lasten Theil nehmen. Da aber der Legatar nicht an sich in die Schulden eintrat, die Gläubiger sich nicht an ihn, sondern nur an den Erben halten konnten, so wurde seine Betheiligung am einfachsten dadurch herbeigeführt, daß man dem Erben den Abzug der Schulden gestattete. Vermittelt ward derselbe vielleicht durch eine exceptio doli, die auch dann ihre Wirksamkeit äußerte, wenn ein universelles Legat per vindicationem angeordnet wurde, indem eben nicht blos der auf das Senatusconsultum Neronianum gestützten actio in personam, sondern auch der vindicatio, soweit sie zuläßig war, jene exceptio entgegengesetzt wurde. Hiebei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, daß der Erblasser eine abweichende Verfügung treffen konnte [11]), wie es auch von der Art der Verfügung abhing, ob noch andere Abzüge zu machen waren [12]).

Der Grundsatz, der Erbe sei nur belastet nach Abzug der Schulden, mußte in Verbindung mit der Möglichkeit, daß später noch Gerechtsamen wie Schulden zum Vorschein kommen könnten, zu Verabredungen zwischen dem Erben und Legatar führen, wodurch das Verhältniß geregelt und eine Ausgleichung durch gegenseitige Zusagen angebahnt wurde. Es waren dieß die Stipulationes partis et pro parte [13]). Sie wurden von dem Erben

vielleicht ebenfalls durch die vorhin erwähnte exceptio doli erzwungen. Indessen beschränkten sich dieselben nicht hierauf, sie hatten einen weitern Umfang, indem sie eine gleichmäßige Vertheilung aller Vortheile und Nachtheile bezweckten [14]). Hiedurch nun erhielt das universelle Legat einen Charakter, der dasselbe einer universellen Nachfolge in gewisser Beziehung etwas näher brachte [15]).

b) Dem Erben stund die Wahl zu, dem universellen Legatar den gebührenden Theil an den Gerechtsamen in Natur zu gewähren, oder ihn durch den entsprechenden Betrag des Werthes abzufinden. In Betreff solcher Gegenstände, die an sich oder doch ohne Schaden nicht zu theilen waren, fand das Letztere allein Statt [16]). Eine Abfindung durch den Werth konnte auch dadurch erzielt werden, daß einzelne Gerechtsamen dem Legatar vollständig überlassen wurden [17]). Diese Bestimmungen fanden auf das universelle Legat selbst dann Anwendung, wenn und soweit dasselbe ein Vindicationslegat war [18]).

1) Zu vergl. oben §. 1 zu Note 16.

2) Oben §. 3 zu Note 5.

3) Zu vergl. oben §. 4 zu Note 15.

4) Daß ein universelles Legat auch in der Vindicationsform möglich und, soweit es den Gegenständen nach geschehen konnte, als do lego legatum kräftig war, sehen wir aus D. de legat. I. l. 27. Potest autem heres vel paucioribus vel in una re relictam partem legatario dare, in quam vel legatarius consenserit, vel judex aestimaverit, ne necesse haberet legatarius *in omnibus rebus vindicare* portionem. Wir haben lediglich keinen Grund, die Stelle für interpolirt zu halten, und so beweist dieselbe nach ihrem Schlusse die Wirksamkeit eines universellen Vindicationslegats.

5) Zu vergl. oben §. 2.

6) Was begreiflicher Weise keinem Anstand unterliegen konnte.

7) Sofern hier der Miterbe, dem etwa eine pars hereditatis verschafft war, diese Pars mit der actio familiae herciscundae als Voraus erlangte.

8) Wonach das Legat theils wie ein legatum per vindicationem wirkte, theils ebenfalls durch die actio familiae herciscundae zu Kraft gelangte.

9) Diese zwei Grundsätze sind aber auch von besonderer Wichtigkeit.

10) D. de legat. I. l. 104. §. ult.

11) Abgesehen indessen davon, daß eine solche Verfügung, wornach bei einem universellen Legat ein Abzug der Schulden nicht stattfinden sollte, zu einer Anwendung der lex Falcidia Veranlassung geben konnte.

12) So z. B. in Betreff der pretia manumissorum und der funeris impensa. Zu vergl. D. de legat. II. l. 8. §. ult. l. 9. Man könnte aus der letzten Stelle etwa schließen wollen, daß auch die dos blos bei der dort erwähnten Fassung des letzten Willens abzuziehen war. Allein dieser Schluß würde höchst unsicher sein und mit D. de legat. I. l. 104. §. ult. in Widerspruch stehen. Nur für die pretia manumissorum folgt aus dieser Stelle in Verbindung mit dem letzten Paragrafen der vorhergehenden, daß ihr Abzug lediglich durch die hervorgehobene Ausdrucksweise und die dadurch an den Tag gelegte Willensmeinung des Erblassers gerechtfertigt werden konnte.

13) Caj. II. 254. — Ulp. fragm. XXV. 15. — Ein Beispiel einer solchen Stipulation hat uns aufbewahrt Theoph. ad J. de fideic. hered., II. 23. §. 5.

14) Caj. II. 254. . . . . . . id est ut *et lucrum et damnum hereditarium* pro rata parte inter eos commune sit. — Ulp. fragm. XXV. 15. . . . quae de *lucro et damno communicando* solent interponi inter heredem et legatarium partiarium etc. —

15) Diese Eigenschaft und nicht die Form der Anordnung war wohl der Grund, weßhalb Theophilus (l. c.) das universelle Legat als eine besondere Art von Legat bezeichnet. —

16) D. de legat. I. l. 26. §. ult. Cum bonorum parte legata (ursprünglich höchst wahrscheinlich: bonorum parte per damnationem legata etc.) etc.

17) D. eod. l. 27.

18) D. eod. l. 27. — Zu vergl. D. de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 32. §. 8.

---

§. 11.

Fortsetzung.

Ganz anders wurden vor Justinian:

II. Universelle Fideicommisse behandelt. Bei diesen traten bald die Bestimmungen des Sctum Trebellianum, bald die des

Sctum Pegasianum, bald die Grundsätze ein, welche dem Sctum Trebellianum vorhergingen.

War keine Veranlassung vorhanden, einen Abzug in Gemäßheit der Anordnungen der lex Falcidia zu machen, konnte mithin das universelle Fideicommiß rein nach dem Willen des Erblassers restituirt werden und wurde es also restituirt, dann kam das Sctum Trebellianum zur Anwendung. Es gingen alle Gerechtsamen und alle Verbindlichkeiten nach Verhältniß ipso jure auf den Fideicommissar über [1]. Dasselbe galt in dem Fall, wo zwar eine Veranlassung zu einem Abzug im Sinne der lex Falcidia gegeben, aber, weil der Erbe den Antritt der Erbschaft verweigert hatte, in Gemäßheit des Sctum Pegasianum Zwang zum Antritt verhängt worden war. Denn auch hier erfolgte die Restitution rein nach dem Willen des Erblassers, indem nun jeder Abzug an sich, d. h. dem Rechte nach unterbleiben mußte [2]. In beiden Fällen war aber die Restitution höchst einfach, nämlich schon durch eine bloße Erklärung zu bewirken [3].

Allenthalben dagegen, wo der Erbe nach der Anordnung des Erblassers mehr als drei Viertel seines Erbtheils fideicommissarisch herausgeben sollte, da wurde nach dem Sctum Pegasianum, sobald kein Zwang zum Antritt vorkam, der Fideicommissar wie ein universeller Legatar behandelt [4]. Es kam daher die lex Falcidia zur Anwendung, und der Erbe durfte eine Quarta ansprechen, und ihretwegen einen Abzug machen, während die actiones weder activ noch passiv auf den Fideicommissar übergingen [5]. Deßhalb trat hier zwischen dem universellen Fideicommissar und dem Erben dasselbe Verhältniß ein und kamen zwischen ihnen dieselben Verabredungen vor (Stipulationes partis et pro parte), wie zwischen einem Erben und universellen Le-

gatar [6]). Wurde jedoch in einem solchen Falle die Quarta in der Wirklichkeit nicht abgezogen, so trat die Bestimmung des Sctum Pegasianum nicht ein, gerade weil man die lex Falcidia in der Wirklichkeit nicht zur Anwendung brachte; aber auch die Bestimmung des Sctum Trebellianum konnte nicht zur Geltung gelangen, weil dem Rechte nach, nicht dem Willen des Erblassers gemäß zu restituiren war, mithin das Restituirte nicht ganz nach dem Willen des Erblassers, sondern theilweise vermöge des freien Entschlusses des Erben an den Fideicommissar gelangte [7]). Somit ward die Stellung des Erben und des Fideicommissars beurtheilt wie vor dem Sctum Trebellianum, nämlich der Erbe wie ein Verkäufer, der Fideicommissar wie ein Käufer einer Erbschaft, indem beide einen Scheinkauf abschloßen [8]), und die Verabredungen, welche sie mit einander trafen, wurden diesem Verhältniß entsprechend eingerichtet [9]).

Indessen kam frühe schon der Grundsatz auf, es sei der Lex Falcidia Genüge geschehen, wenn der Erblasser dem Erben gestattet habe, einen Abzug an dem erbschaftlichen Vermögen im Einzelnen zu machen, indem er ihm die Restitution nur auferlegte praecepta, deducta oder retenta re vel summa [10]). Hadrian hat diesen Grundsatz noch erweitert [11]). Eine ganz natürliche Folge dieses Grundsatzes war es, daß man den Erben, vorausgesetzt nur er sei um den vierten Theil seiner Erbsportion befriedigt, nach dem Senatusconsultum Trebellianum restituiren ließ [12]). Nichts desto weniger behandelte man ihn als blosen Vermächtnißnehmer. Daher gingen die actiones vollständig auf den Fideicommissar über [13]), und dabei blieb es natürlich auch, wenn der Fiduciar freiwillig sich dessen entschlug, was ihm der Erblasser zuwenden wollte [14]).

Einer spätern Ansicht hingegen, welche auch bei einem freiwilligen Verzicht des Erben auf den ihm durch das Sctum Pegasianum gestatteten Abzug der Quarta das Sctum Trebellianum zur Anwendung zu bringen geneigt war, gelang es nicht durchzubringen [15]).

1) Das Princip des Sctum Trebellianum, wornach die actiones ipso jure auf den Fideicommissar mit der Restitution übergehen sollten, setzte voraus, daß die heredes fiduciarii die Erbschaft restituirten „sicuti rogati essent" (D. ad Sct. Trebell., XXXVI. 1. l. 1. §. 2), d. h. rein nach dem Willen des Erblassers. Dieß traf nun zu, wenn zur Anwendung der lex Falcidia gar kein Grund vorlag, weil das Fideicommiß weniger oder doch nicht mehr als ³/₄ der Erbsportion betrug, Caj. II. 253. 255. — J. de fideicomm. hered., II. 23. §. 4 und 6. — Theophil. ad h. l.

2) Caj. II. 258. — Ulp. fragm. XXV. 16. — J. l. c. §. 6. — Zu vergl D. ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 4.

3) D. eod. l. 37 pr.

4) Ulp. fragm. XXV. 14. . . . . is autem qui recipit hereditatem, legatarii loco habeatur. — Caj. II. 254.

5) Caj. II. 254. 256. — Ulp. fragm. l. c. — Theophil. ad J. l. c. §. 5 und 6. —

6) Caj. II. 254. — Ulp. fragm. XXV. 16. — J. l. c. §. 5. — Zu vergl. oben §. 10 zu Note 13

7) Theoph. ad J. l. c. §. 6. . . . . *εἰ δε πασαν ἀποκατεστησε την κληρονομιαν, ἠργει το τρεβελλιανειον, ἐπειδη οὐχ ἑωρα το της οὐσιας ἀπο γνωμης του τεστατωρος ὀν παρα τῳ κληρονομῳ κτλ.*

8) Caj. II. 252. — Theoph. ad J. l. c. §. 3. —

9) Caj. II. 257 vergl. mit 252. — Theoph. ad J. l. c. §. 6 vergl. mit §. 3.

10) D. ad Sctum Trebell., XXXVI. 1. l. 58. §. 3. Acceptis centum hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam jure Falcidiae percipere videtur: et ita Divi Hadriani rescriptum intellectum est, *tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset* etc. — Die hier unterstrichenen Worte zeigen, daß man den in der Stelle vorausgesetzten Fall (*acceptis centum* hereditatem restituere rogatus) nach Analogie des im Texte bezeichneten Grundsatzes beurtheilte, und in diesem Sinne ein Rescript Hadrians auffaßte. Jener Grundsatz muß also schon zu Hadrian's Zeit festgestanden sein. Dieß bestätigt sich auch daraus, daß ein Zeitgenosse von Hadrian, der Rechtsgelehrte Julian ihn anerkennt, indem er die zu Note 12 hervorgehobene Folge desselben als zweifelloses Recht ausspricht, D. eod., l. 1. §. 16. §. 21. —

11) Nach der Auffassung, die einem Rescripte dieses Kaisers zu Theil wurde, zu vergl. die vorhergehende Note.

12) Der Rechtsgelehrte Julian scheint sogar entweder ganz allgemein oder doch für einen bestimmten Fall noch weiter gegangen und selbst dann für die Anwendung des Sctum Trebellianum gewesen zu sein, wenn der dem Fiduciar zugewiesene Gegenstand dem Betrag der Quarta nicht gleich kam. Wahrscheinlich mag es allerdings sein, daß er sich hiebei von dem Gedanken leiten ließ, der Erblasser habe den Fiduciar um die ganze Quarta zufrieden stellen wollen, und sich nur im Betrage dessen, was er ihm zuwandte, und in seinem Verhältniß zur Quarta geirrt; daher könne man das an der Quarta Fehlende aus dem übrigen Vermögen ergänzen und doch das Sctum Trebellianum zur Anwendung bringen, weil die Ergänzung ebenfalls durch den Willen des Erblassers hervorgerufen sei, mithin der Fiduciar die ganze Quarta ex judicio defuncti habe. Wie sehr sich nun auch eine solche Auffassung zu rechtfertigen scheint, die Ansicht Julian's hat keine Billigung gefunden, D. eod., l. 1. §. 16. Si heres praecepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano Senatusconsulto restituet hereditatem. nec multum facit, si fundus pignori datus est: neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est. sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Julianus autem cavendum non putat, sed aestimandum, quanti valet sine cautione, hoc est, quanti vendere potest sine cautione; et si potest tanti vendere non interposita cautione, quantum facit quarta pars bonorum, ex Trebelliano transituras actiones, si minoris, retento eo, quod deest, similiter ex Trebelliano restitutionem fieri. quae sententia multas quaestiones dirimit. Ulpian spricht im ersten Theil der Stelle seine Ansicht dahin aus, daß dem Fiduciar der ganze fundus in Rechnung gebracht werde, folglich das Sctum Trebellianum Platz greife. Es mache auch nichts aus, daß der fundus verpfändet sei, weil das Forderungsrecht des Gläubigers den Fideicommissar treffe; nur sei dem Fiduciar wegen einer etwaigen Eviction Caution zu leisten. Hierauf fährt er in dem zweiten Theil fort, Julian freilich habe eine andere Ansicht, die er näher beschreibt. Daß jedoch Ulpian diese Ansicht von Julian nicht billigt, geht aus dem ersten Theil der Stelle hervor, in welchem er seine eigene Meinung mit aller Bestimmtheit vorträgt. Dieser erste Theil wäre völlig unverständlich, wenn Ulpian der Ansicht von Julian zugestimmt hätte. Nach einer richtigen Auslegung kann daher der Zusammenhang der Stelle nur der sein: nachdem Ulpian seine eigene Meinung gegeben hat, fügt er hinzu, Julian jedoch habe eine andere (Julianus autem cavendum non putat etc), wie sich von selbst versteht, nicht zu billigende. Der Schlußsatz (quae sententia multas quaestiones dirimit) läßt eine doppelte Erklärung zu. Man kann ihn so nehmen, als ob Ulpian den praktischen Werth der

Julianischen Meinung anerkennend sagen wollte: diese Meinung würde allerdings viele Schwierigkeiten beseitigen, wäre sie nur auch richtig. Man kann ihr aber auch — und diese Auffassung liegt in der That ziemlich nahe, — einen mehr ironischen Sinn unterstellen: bequem sei freilich die Julianische Meinung, denn sie hebe uns über viele Schwierigkeiten hinweg; nur müssen wir im Geiste Ulpian's hinzudenken: Schade, daß sie nicht richtig ist. — Wie wenig übrigens die Ansicht Julian's Beifall gefunden hat, sehen wir auch aus einem Ausspruch von Papinian, D. ad leg. Falcid., XXXV. 2. l. 93. in f. Plane si quis ita scripsit, *acceptis centum peto restituas hereditatem*, neque personam dantis demonstraverit, quasi retentam et praeceptam pecuniam, *si quartae sufficiat*, inducere Trebellianum.

13) D. eod., l. 1. §. 21. l. 30. §. 3. Multum interest, utrum qua pars jure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia. nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem et fideicommissarium, posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones.

14) Hätte dagegen der Erbe eine größere Quote restituirt, als ihm auferlegt war, so würden die actiones ganz nach dem Principe des Sctum Trebellianum doch nur in dem Verhältniß übergegangen sein, in welchem die Restitution durch den Willen des Erblassers herbeigeführt war, D. eod., l. 63. §. 3.

15) Paulus zwar scheint dieser Ansicht zugethan gewesen zu sein, Recept. Sent., IV. 3. §. 2. Totam hereditatem restituere rogatus si quartam retinere nolit, *magis est ut eam ex Trebelliano debeat restituere* etc. — Allein die Art und Weise, wie sich Modestin hierüber äußert (D. eod., l. 45) zeigt hinreichend, wie wenig feste Wurzel jene Ansicht im Leben und in der Praxis hatte. Denn der Rath, welchen Modestin ertheilt, liefert einen sichern Beleg, daß der Fiduciar bei freiwilligem Antritt der Erbschaft immerhin zu fürchten hatte, es möchte der Uebergang der actiones auf den Fideicommissar nicht anerkannt werden. Auch die Justinianischen Institutionen stellen die Sache so dar, wie wenn die bezeichnete Ansicht nicht herrschendes Recht gewesen wäre; denn ohne sie auch nur zu erwähnen, geben sie das frühere Recht einzig vom Standpunkt der entgegengesetzten Ansicht aus, J. de fideic. hered., II. 23. §. 6. — Zu vergl. Theoph. ad h. l. —

---

§. 12.

Deren Gleichstellung.

Nachdem indessen Justinian die verschiedenen Arten der Legate gleich gestellt, mit allen eine actio in personam und soweit

der Gegenstand es zuließ, eine actio in rem verbunden hatte, so mußte dieß auch für universelle Legate gelten [1]). Aus jedem universellen Legat, in welcher Weise es angeordnet sein mag, geht zufolge dieser Verordnung Justinian's eine nach bona fides zu beurtheilende obligatio [2]) und, sofern die Gegenstände damit vereinbar sind, ein dingliches Recht hervor. Außerdem müßte man annehmen, daß gegen die klare Absicht Justinian's der Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Legate in Betreff des universellen Legats fortdauern sollte [3]), müßte man den Worten Justinian's nicht die Deutung geben, die sie ihrer Fassung nach haben [4]), und müßte endlich einen spätern Ausspruch Justinian's geradezu mißkennen [5]).

Wie universelle Legate, so sind auch universelle Fideicommisse unter jener Verordnung Justinian's begriffen. Sie erzeugen ebenfalls eine obligatio und eine actio in personam auf Restitution und daneben, soweit die in der Erbschaft enthaltenen Gegenstände es gestatten, ein dingliches Recht und eine actio in rem. Dafür sprechen die allgemeinen Ausdrücke, deren sich Justinian bedient [6]), und der vorhin erwähnte, spätere Ausspruch desselben [7]).

Allein Justinian ist hiebei nicht stehen geblieben. Er hat, indem er überhaupt Legate und Fideicommisse gleich machte, auch universelle Legate und Fideicommisse einander gleich gestellt. Alle Gründe, welche man geneigt sein möchte, dieser Annahme entgegenzusetzen, sind nicht entscheidend genug, um dieselbe zu entkräften: weder der Grund, das universelle Fideicommiß sei von dem singulären wesentlich unterschieden gewesen, und habe seit dem Senatusconsultum Trebellianum eine abgesonderte selbstständige Entwicklung gehabt, während das universelle Legat als ein innerlich ganz verschiedenes Institut neben demselben bestand [8]);

noch auch der Grund, die Verordnung, welche Legate und Fideicommisse gleich mache, sei auch wirklich blos von singulären Vermächtnissen zu verstehen [9]). Endlich kann auch darauf kein Gewicht gelegt werden, daß eine Reihe, das universelle Legat betreffender Stellen in die Digesten aufgenommen worden sind [10]). Sind demnach die Einwendungen gegen die Gleichstellung der universellen Legate und Fideicommisse lediglich nicht entscheidend, so sprechen umgekehrt sehr gewichtige Gründe für dieselbe. Ich rechne dahin die Allgemeinheit, in welcher sowohl die betreffende Verordnung selbst als auch die Institutionen, indem sie deren Inhalt kurz zusammenfassen, reden [11]). Man müßte ihren Worten Gewalt anthun, um die universellen Legate und Fideicommisse von denselben auszunehmen, und dieß um so mehr, als die Institutionen eine Erklärung beifügen, weßhalb sie überhaupt noch abgesondert von Legaten und Fideicommissen handeln [12]). Ich rechne ferner dahin theils den ganzen Zusammenhang der Justinianischen Verordnung [13]), theils den Grund, welchen die Institutionen für die Gleichstellung angeben [14]) und die daselbst ausgesprochene Absicht Justinian's [15]). Denn mit jenem Grunde und dieser Absicht würde es unvereinbar sein, daß der ganze Unterschied zwischen universellen Legaten und Fideicommissen noch fortbestehen sollte [16]). Endlich ist es nicht unerheblich, daß weder in den Digesten noch in dem Codex der stipulationes partis et pro parte Erwähnung geschieht [17]), und daß die Institutionen von dem universellen Legat, so wie von diesen stipulationes in der vergangenen Zeit reden [18]). Nehmen wir dieß Alles zusammen, so dürfte jedes Bedenken beseitigt sein, als ob es in dem Willen Justinian's gelegen wäre, die Gleichstellung der Legate und Fideicommisse auf die universellen Legate und Fideicommisse nicht ebenfalls zu beziehen.

1) Zu vergl. oben §. 7.

2) Zu vergl. oben §. 7 sub b).

3) Da bei dieser Annahme C. comm. de legat., VI. 43. l. 1 auf universelle Legate sich gar nicht bezöge.

4) C. eod. . . . . *omnibus* vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere etc. — J. de legat., II. 20. §. 2. . . . ut *omnibus* legatis una sit natura etc.

5) C. commun. de legat., VI. 43. l. 3. §. 3. Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum *universitatis* vel speciale etc. Daß das Wort *universitatis* sich nicht blos auf fideicommissum sondern auch auf legatum beziehe, ergiebt der einfache Zusammenhang. Unter legatum oder fideicommissum universitatis aber ein auf die Erbschaft oder einen aliquoten Theil derselben gerichtetes Vermächtniß zu verstehen, ist gewiß eine mit dem Justinianischen Sprachgebrauche (C. de fideic., VI. 42. l. 32) übereinstimmendere und auch natürlichere Deutung, als wenn man darunter das Legat oder Fideicommiß eines peculium oder einer Heerde ꝛc. verstehen wollte. — Bedenkt man nun, daß die hier besprochene Verordnung im §. 2 auf C. eod., l. 1 Beziehung nimmt, und daß im §. 3 auf den Fall der Veräußerung sowohl bei bedingten als bei betagten universellen Legaten nach Eintritt der Bedingung, der bestimmten oder unbestimmten Zeit dem Legatar eine Vindication sogar unter Ausschluß der usucapio gegeben wird, so findet die im Text aufgestellte Behauptung hier eine entschiedene Bestätigung (zu vergl. oben §. 9).

6) C. eod., l. 1. . . . . *omnibus* vero tam legatariis quam *fideicommissariis* unam naturam imponere etc.

7) Zu vergl. Note 5.

8) Denn hieraus kann doch nicht folgen, daß Justinian das universelle Legat dem universellen Fideicommiß nicht gleich gemacht habe. Das fideicommissum überhaupt, sowohl das fideicommissum rerum singularum wie das fideicommissum hereditatis ist als ein von dem legatum wesentlich verschiedenes Vermächtniß entstanden, hat sich als solches und im Gegensatz zum Legat ausgebildet, und ist vor Justinian in eigenthümlicher Besonderheit hervorgetreten. Hat nun Justinian das Legat und Fideicommiß gleich gemacht, mit welchem Rechte nimmt man das universelle Legat und Fideicommiß von dieser Gleichmachung aus? Er hat Legate und Fideicommisse überhaupt gleich gemacht, d. h. das singuläre Legat und Fideicommiß auf der einen, und das universelle Legat und Fideicommiß auf der andern Seite. Ohnehin hatten die letztern in dem Senatusconsultum Pegasianum schon einen wichtigen Berührungspunkt gefunden (zu vergl. oben §. 11).

9) Mir ist Nichts bekannt, womit man die Behauptung belegen könnte, C. comm. de legat., VI. 43. l. 2 sei in der That nur auf singuläre

Legate und Fideicommisse zu beziehen. Den Ausdruck *fideicommissum* ausschließlich auf singuläre Fideicommisse zu deuten, erscheint willführlich. Obgleich der universelle Fideicommissar seit dem Senatusconsultum Trebellianum und Pegasianum bald heredis loco war, bald wie ein universeller Legatar, bald wie der Käufer einer Erbschaft behandelt wurde (zu vergl. oben §. 11), so beurtheilte man doch sonst und abgesehen von diesem Punkte das fideicommissum hereditatis wie das fideicommissum rerum singularum, und der Ausdruck fideicommissum umfaßte alles und jedes Fideicommiß. Hievon, wenn dieser Sprachgebrauch noch eines besondern Beweises bedürfte, überzeugt man sich leicht, wenn man nur die Darstellung der Fideicommisse bei Cajus (II. 246 sequ.), bei Ulpian (frag. XXV.) und in den Institutionen (II. 23 sequ.) durchgeht. Zwar ist richtig: es wird in Institutionen, Digesten und Codex von den universellen Fideicommissen abgesondert gehandelt, während in den Digesten Legate und Einzelfideicommisse zusammengestellt, in Institutionen und Codex die universellen Fideicommisse von Legaten sowohl als von Einzelfideicommissen getrennt sind. Zu vergl. J. de legat., II. 20. — de fideic. hered., II. 23. — de sing. reb. p. fideic. rel., II. 24. — D. de legat. I. II. III. tit. sequ. — ad Sctum Treb., XXXVI. 1. — C. de legat., VI. 37. tit. sequ. — de fideic., VI. 42. — ad Sctum Treb., VI. 50. In Verbindung hiemit könnte man etwa noch darauf Gewicht legen, daß der Titel des Codex *Communia de legatis et fideicommissis* an die Titel sich anreihe, die von Legaten und Einzelfideicommissen handeln (nämlich C. de legat., VI. 37. und de fideic., VI. 42), die universellen Fideicommisse hingegen erst später (C. ad Sctum Treb., VI. 50) zur Sprache kommen. Indessen erklärt sich die abgesonderte Behandlung der universellen Fideicommisse sehr einfach aus dem Sctum Trebellianum (D. eod., l. 1 pr.), in den Justinianischen Rechtsbüchern um so mehr, weil Justinian die Bestimmungen des Sctum Pegasianum mit dem Trebellianum vereinigte und dem letztern auf alle allgemeinen Fideicommisse Anwendung gewährte, J. de fideic. hered., II. 23. §. 7 sequ. — D. Praef. III^a. §. 6. Daher denn aus dieser Trennung noch kein Schluß gemacht werden kann, daß die universellen Legate den universellen Fideicommissen nicht gleichgestellt worden seien. Es kommt hinzu, daß in Institutionen und Codex auch die Einzelfideicommisse getrennt von den Legaten dargestellt werden, zum sichern Zeichen, daß aus der getrennten Darstellung noch keine getrennte Beurtheilung folge. Uebrigens ist die Trennung der Einzelfideicommisse von den universellen nicht einmal allenthalben vorhanden. Denn in dem Titel des Codex *de fideicommissis* handelt gut ein Viertel der Stellen (l. 3. 5. 12. 14—16. 21. 30. 32) entweder ausschließlich oder doch mit von den universellen Fideicommissen, und gut ein Drittel der Stellen (l. 7. 9. 10. 13. 19. 20. 22. 23. 26—29) lautet allgemein und geht auf beiderlei Arten von Fideicommissen zugleich.

10) Diese Stellen sind D. de legat. I. l. 23. l. 26. §. 2. l. 27. l. 104. §. ult. — de legat. II. l. 8. §. ult. l. 9. — de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 32. §. 8 und 9. l. ult. — ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 22. §. 5. Allein, genau genommen, reden einzelne dieser Stellen gar nicht von einem universellen Legat. Es sind dieß D. de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 32. §. 8—9. l. ult., welche von dem legatum ususfructus an einem aliquoten Theil der Erbschaft handeln, also nicht ein universelles Legat besprechen, so wenig als ein fideicommissum ususfructus an einem aliquoten Theil der Erbschaft ein universelles Fideicommiß ist. — Andere Stellen sprechen für das universelle Legat Grundsätze aus, die auch für universelle Fideikommisse gelten (D. de legat. I. l. 23 vergl. mit Caj. II. 180. — Noch zu vergl. oben §. 4. Note 15. — D. eod. l. 104. §. 7 vergl. mit D. ad Sctum. Treb., XXXVI. 1. l. 62 pr.). Die Aufnahme solcher Stellen konnte mithin unbeschadet der Gleichstellung von universellen Legaten und Fideicommissen erfolgen. Hierher gehört auch D. de legat. I. l. 27, indem die aufgestellte Regel bei universellen Fideicommissen ebenfalls eintritt theils wenn der Fideicommissar einwilligt (entsprechend dem: *in quam vel legatarius consenserit*), theils in Folge des judicium familiae herciscundae zwischen dem Erben und universellen Fideicommissar (entsprechend dem: *vel judex aestimaverit*). Eine weitere Stelle (D. ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 22. §. ult.) erklärt blos, daß ein universelles Legat zulässig sei. Ihre Aufnahme war sehr natürlich. Denn sind universelle Legate und Fideicommisse gleich gestellt, so konnte die Verschaffung eines universellen Legats eben so wenig einem Bedenken unterliegen als die eines universellen Fideicommisses. Uebrigens läßt die Aufnahme dieser Stelle auch noch eine andere Erklärung zu (zu vergl. §. 13. die letzte Note). — Endlich macht D. de legat. I. l. 26. §. 2 ganz keine Schwierigkeit; sie ist, wie sich nachher (§. 13. sub b) zeigen wird, aus einem recht guten Grunde aufgenommen worden. — So bleiben nur sehr wenige Stellen übrig (D. de legat. II. l. 8. §. ult. l. 9), die nicht wichtig genug sind, um einen wirklich erheblichen Einwand darzubieten.

11) C. comm. de legat., VI. 43. l. 2. . . . . omnia, quae naturaliter insunt *legatis*, et *fideicommissis* inhaerere intelligantur, et contra quidquid *fideicommittitur* hoc intelligatur esse *legatum* . . . . et sit *omnibus* perfectus eventus, et ex *omnibus* nascantur in rem actiones, ex *omnibus* hypothecariae, *ex omnibus* personales . . . . et si specialiter *legati* tantum faciat testator mentionem, hoc *et legatum et fideicommissum* intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et *legatum* esse videatur etc. — J. de legat., II. 20. §. 3. . . . . necessarium esse duximus, *omnia* legata fideicommissis exaequare, ut *nulla sit inter ea differentia* etc.

12) J. l. c. . . . . sed ne, in primis legum cunabulis, *permistim* de his exponendo, studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem etc.

13) In dem Eingange seiner Verordnung (C. eod. Omne verbum — lacerantibus) spricht Justinian davon, daß es nach dem bisherigen Rechte nicht darauf ankomme, welcher Worte sich der Erblasser für die Anordnung eines Legats oder Fideicommisses bedient habe. Er bestätigt sodann das bisherige Recht, und schließt die Verfügung wegen Gleichstellung der Legate und Fideicommisse unmittelbar an (C. eod. . . . . Sit igitur, secundum quod diximus, ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis, et omnia etc.). Wenn es nun aber keinem Zweifel unterliegt, daß schon vor Justinian in dem Gebrauch der Worte zwischen universellen und singulären Legaten und Fideicommissen kein Unterschied obwaltete, und wenn Justinian dieses Recht bestätigt, sogleich aber einen Schritt weiter geht und Legate und Fideicommisse überhaupt einander gleich setzt, so müßte man seiner Verfügung doppelt Gewalt anthun, wenn man sie, so zu sagen, auseinander reißen, und die Gleichsetzung der Legate und Fideicommisse auf blos singuläre beschränken wollte.

14) J. l. c. . . . . Cum enim antiquitatem invenimus, legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus etc. — Dieser Grund paßt nämlich auf universelle Legate und Fideicommisse nicht minder als auf singuläre.

15) J. l. c. . . . . necessarium esse duximus, *omnia* legata fideicommissis exaequare etc.

16) Daß nämlich, wenn sie einander nicht gleich gemacht sind, der ganze Unterschied zwischen universellen Legaten und Fideicommissen, wie er nach C. comm. de legat., VI. 42. l. 1 noch vorhanden war, fortbestehen würde, könnte keinem Bedenken ausgesetzt sein.

17) Nicht einmal der Namen kommt darin vor. Dieß wäre doch kaum erklärlich, wenn das universelle Legat nach der Absicht Justinians in seiner Eigenthümlichkeit getrennt von dem universellen Fideicommiß fortdauern sollte.

18) J. de fideic. hered., II. 23. §. 5. . . . legatarii partiarii loco erat, id est, ejus legatarii, cui pars bonorum *legabatur*. quae species legati partitio *vocabatur*, quia cum herede legatarius *partiebatur* hereditatem. unde, quae *solebant* stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem *interponebantur* etc. — Stellen in den Institutionen, welche von dem Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen in der gegenwärtigen Zeit sprechen oder besondere Wortformen als für Fideicommisse gebräuchlich angeben, Stellen, die sich übrigens zunächst gar nicht auf universelle Vermächtnisse beziehen (J. de sing. reb. p. fideic. rel., II. 24. pr. § 3), erklären sich einfach aus dem Zwecke, zu welchem überhaupt die Fideicommisse abgesondert von den Legaten in den Institutionen behandelt werden (zu vergl. oben zu Note 12). Sodann darf auf Stellen, welche von besondern Wortformen für Fideicommisse

reden, um so weniger Gewicht gelegt werden, als ja längst vor Justinian schon die einzelnen gebrauchten Worte für die Frage, ob Legat oder Fideicommiß, nichts entschieden. Zu vergl. oben §. 6.

---

§. 13.

Fortsetzung.

Vielmehr müssen wir annehmen, daß nach der Absicht Justinian's auch sie darin begriffen sein sollten. Aus dem Sinne nun, in welchem jene Gleichstellung verstanden und aufgefaßt werden muß [1]), ergeben sich die Folgen:

a) Es findet für universelle Legate eben sowohl ein Zwang zur Antretung Statt, wie für universelle Fideicommisse. Eine Restitution wie bei diesen tritt auch bei jenen durch einfache Erklärung ein, und mit ihr gehen alle Rechte und Verbindlichkeiten ipso jure auf den universellen Legatar in derselben Weise über, wie bei dem universellen Fideicommiß auf den Fideicommissar.

In dieser Beziehung ist insbesondere wichtig eine Aenderung Justinian's, welche, mag sie jünger oder älter sein, als die Gleichstellung der allgemeinen Legate und Fideicommisse [2]), gerade in Gemäßheit dieser Gleichstellung auf beide bezogen werden muß [3]).

Justinian hat nämlich die Bestimmungen des Senatusconsultum Pegasianum mit dem Trebellianum vereinigt, dadurch das erstere wenigstens dem Namen nach beseitigt [4]), zugleich aber auch das letztere wesentlich erweitert [5]). Dem gemäß sollen die Restitution eines universellen Fideicommisses (folglich auch eines universellen Legats) stets nach Anordnung des Senatusconsultum Trebellianum erfolgen, und die Rechtsverhältnisse des Erblassers ipso jure theilweise oder ganz auf den universellen Fideicommissar (Legatar) übergehen ohne Rücksicht darauf, daß etwa nicht gerade

in voller Uebereinstimmung mit dem Willen des Erblassers restituirt, sondern ein Abzug der Quarta gemacht wird, oder daß der universelle Fideicommissar oder Legatar auf diesen Abzug verzichtet, obgleich er dem Rechte nach hätte gemacht werden können [6]).

b) Umgekehrt muß die zunächst für das universelle Legat ausgesprochene Bestimmung, daß es dem Erben freistehe, den Theillegatar auch durch Gewährung des Werthes zu befriedigen, ja daß er unter Umständen ihn dadurch befriedigen müsse [7]), auch auf universelle Fideicommisse herüber genommen werden [8]). War dieß bei allgemeinen Legaten durchweg Rechtens, also namentlich auch da, wo sie — was doch wohl das Häufigere gewesen sein mag — in der Form des Damnationslegats angeordnet waren, so kann es noch weniger Anstand haben, dasselbe auch für Fideicommisse gelten zu lassen, indem die letztern nach bona fides beurtheilt werden [9]). Auch haben wir keine Stelle, die für Fideicommisse etwas Entgegengesetztes anordnete [10]).

Daß indessen der Erblasser ein allgemeines Vermächtniß ausdrücklich als Legat mit der Bestimmung anordnen könne, dasselbe solle nach den Grundsätzen behandelt werden, die früher von allgemeinen Legaten galten, versteht sich nach einer frühern Ausführung [11]) von selbst. Eben so gewiß ist es aber, daß Justinian auf derartige Anordnungen nicht gerechnet hat [12]).

1) Oben §. 8.

2) Nach der Darstellung von Theophilus (ad J. de fideic. hered., II. 23. §. 7) könnte es scheinen, daß die Vereinigung des Sctum Pegasianum mit dem Sctum Trebellianum durch eine besondere Constitution von Justinian bewirkt worden sei. Dann fragte es sich allerdings, ob diese sonst nicht bekannte Constitution oder C. comm. de legat., VI. 43. l. 2 älter sei. Indessen ist eine solche Deutung der Paraphrase von Theophilus nicht nothwendig. Denn die οἰκεῖα διάταξις kann sich auch gerade auf die Anordnung der Institutionen selbst beziehen. Was für die letztere

Erklärung namentlich spricht, das ist theils die Sprachweise der Institutionen (l. c. §. 7. . . . . *et hoc transponimus* ad Senatusconsultum Trebellianum etc. §. 8. . . . . nam et hoc casu eadem observari *praecipimus*), theils die der Präfationen zu den Digesten (Const. Tanta §. 6. — Dedit nobis Deus §. 6), indem auch hier keiner besondern Constitution gedacht und wegen der mit den bezeichneten Senatusconsulten getroffenen Aenderung einfach auf die Art der Abfassung der Pandekten hingewiesen wird.

3) Ist die Verschmelzung der Senatusconsulte jünger als die Gleichstellung der universellen Legate und Fideicommisse, so versteht sich ihr Einfluß auf universelle Legate von selbst. Ist die Verschmelzung älter, so müssen die dadurch in dem Sctum Trebellianum vereinigten Grundsätze in Folge der Gleichmachung von Legaten und Fideicommissen auch auf universelle Legate angewendet werden. Nach den Regeln dieser Gleichmachung entscheidet ja bei sonst entgegengesetzter oder verschiedener Behandlung das Recht der Fideicommisse auch für Legate.

4) J. l. c., §. 7. . . . . exploso Senatusconsulto Pegasiano etc. — Praef. Dig., Dedit nobis Deus §. 6. . . . . et supervacuam esse Pegasiani Senatusconsulti positionem invenientes etc.

5) J. l. c., §. 7. — Praef. Dig., Tanta §. 6. — Dedit nobis Deus §. 6.

6) J. l. c., §. 7 u. 8. — Praef. Dig., l. c.

7) Zu vergl. oben §. 10 sub b).

8) Für allgemeine Fideicommisse ist allerdings eine solche Bestimmung weniger Bedürfniß, weil hier die actio familiae herciscundae mit den Befugnissen, die sie dem Richter einräumt, zur Reglung des Verhältnisses ausreicht. Insofern war vielleicht die Aufnahme der hierher bezüglichen Stellen (D. de legat. I. l. 26. §. ult. l. 27) nach der Gleichstellung der allgemeinen Legate und Fideicommisse überflüssig. Uebrigens hat sie immerhin noch deßhalb Werth, weil sie die Frage, ob in natura zu theilen oder eine Geldentschädigung zu geben sei, auf eine einfache Weise löst. Daß dieß zunächst zu Gunsten des Erben geschieht (sed oportet heredi *sucurri* etc.), liegt gewiß in der Natur der Sache. Denn:

9) Der Natur der bona fides möchte es gerade entsprechen, daß zunächst der Erbe begünstigt wird, während umgekehrt, wo eine Theilung unmöglich oder doch ohne Nachtheil nicht zu vollziehen ist, der Legatar dahin bevorzugt wird, daß nicht er dem Erben hinauszahlen, sondern der Erbe ihn durch eine Geldentschädigung um das Vermächniß befriedigen muß (sin autem vel naturaliter indivisae sint, vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est).

10) Im Gegentheil konnte bei universellen Fideicommissen, soweit hiebei das Senatusconsultum Trebellianum Platz griff, und kann nach Justinianischem Rechte, in welchem dieses Senatusconsultum bei allen universellen Fideicommissen Platz greift, in Folge der actio familiae herciscundae durch das officium judicis das Gleiche eintreten (oben Note 8 und §. 12.

Note 10). Eben darum aber, weil die Grundsätze der Fideicommisse nicht eigentlich abweichen, so muß das für das universelle Legat zunächst ausdrücklich Angeordnete nach der Art der Gleichstellung auch auf universelle Fideicommisse angewendet werden (zu vergl. oben §. 8 zu Note 9 und 10).

11) Zu vergl. oben §. 8 am Schlusse.

12) Außerdem würde es sich nicht erklären, daß die stipulationes partis et pro parte in Digesten und Codex überhaupt nicht und in den Institutionen nur kurz als etwas Vergangenes erwähnt sind (oben §. 12 zu Note 17 u. 18), während gerade für den Fall solcher Anordnungen nähere Bestimmungen darüber sehr wünschenswerth sein mußten. Dürfte man annehmen, Justinian hätte sich die Möglichkeit gedacht, daß auch nach seiner Anordnung noch universelle Legate vorkommen möchten, die nach dem frühern Rechte der universellen Legate zu beurtheilen wären, so würde sich die Aufnahme einzelner, dieses Recht betreffenden Stellen auch hieraus ganz einfach erklären.

---

§. 14.

Mortis causa donatio [1]).

An drei Stellen [2]) redet Justinian von einem Streite der frühern Rechtsgelehrten darüber, ob die Schenkung von Todes wegen als Schenkung oder als Legat zu betrachten sei, und entscheidet sich für die letztere Ansicht. Ueber den Streit wie über seine Entscheidung spricht er sich in einer Weise aus, daß man meinen sollte, die frühern Rechtsgelehrten haben darüber gestritten, ob die mortis causa donatio überhaupt als Legat oder als Schenkung unter Lebenden gelte [3]), und er habe sie eben zu einem Legat gemacht [4]). Würde man dieß streng festhalten, demgemäß in keinem Falle Annahme von Seiten des Bedachten fordern, ihre Anordnung in einem Testament oder Kodizill zulassen [5]), und in der von Justinian für sie festgesetzten Form nur die kodizillarische erblicken; so wäre die Schenkung von Todes wegen in der Wirklichkeit gar nichts Eigenthümliches mehr, sondern eben ein Vermächtniß, nämlich ein Legat oder Fideicommiß.

Sieht man jedoch der Sache auf den Grund, so verhält sie sich ganz anders. Nach der Darstellung Justinian's haben die frühern Juristen nicht darüber gestritten, ob die mortis causa donatio eigentliche Schenkung oder Legat sei, sondern darüber, ob sie sich jener oder diesem mehr annähere, und ob sie daher jener oder diesem zuzuzählen sei [6]). Und seine Entscheidung geht nicht dahin, sie sei als Legat anzusehen, sondern nur dahin, daß sie dem Legat ähnlich, in vielfacher Beziehung wie ein Legat zu behandeln sei [7]). Sein jüngster Ausspruch insbesondere hebt hervor, daß er sich bei seiner Entscheidung nach der Ansicht der meisten und besten ältern Rechtsgelehrten gerichtet habe [8]), und weist aus Veranlassung einer einzelnen Bestimmung wegen der mortis causa donatio überhaupt auf die Pandekten hin [9]). Gerade aus diesen sehen wir aber, daß die ältern Rechtsgelehrten, denen Justinian gefolgt ist und deren Meinungen er aufgenommen hat, die mortis causa donatio dem Legat nicht völlig gleich gesetzt haben. Es bedarf dieß keiner weitläufigen Ausführung. Die mortis causa donatio wird mit der einfachen Schenkung nur als eine besondere Art unter dem Begriff der Schenkung zusammengefaßt [10]), sie ist mithin, obgleich mortis causa vorgenommen, doch ein Act unter Lebenden [11]), in einem gewissen Betrachte immer ein Geschäft [12]), und zwischen Mann und Frau blos aus besonderem Grunde zuläßig [13]) und selbst hier nicht ohne Beschränkung [14]). Es kann bei ihr sogar die Möglichkeit des Widerrufs ausgeschlossen werden [15]). Und so ist die mortis causa donatio, obgleich vielfach wie ein Legat behandelt und beurtheilt, doch eine wesentlich davon verschiedene Vergabung von Todes wegen.

1) Es bedarf kaum einer Bemerkung, daß die mortis causa donatio

nur insofern hier besprochen wird, als es sich davon handelt, ob nicht auch sie den Vermächnissen gleichgestellt worden sei.

2) J. de donat., II. 7. §. 1. — C. de mort. caus. donat., VIII. 57. l. ult. — Nov. LXXXVII. praef.

3) Loc. cit.

4) J. l. c. . . . . Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia etc. — C. l. c. . . . . . . omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacunque parte absimilis eis intelligatur. — Nov. cit. . . . legatum ipsum esse omnimodo decidimus etc.

5) Kind. Quaest. forens. II. 42.

6) Es erhellt dies schon aus den Worten der Hauptstelle (C. l. c. . . . . alii quidem *inter* ultimas voluntates eam *posuerunt* et legatis *aggregandam* esse censuerunt, alii autem *inter donationes*, quae inter vivos consistunt, *posuerunt* etc.), noch vielmehr aus den Institutionen (l. c.), welche auf jene Hauptstelle Bezug nehmen (a nobis constitutum est), wenn sie sagen: utrum donationis, an legati *instar* eam obtinere oportet, et *utriusque causae quaedam habebat insignia*, et alii ad aliud genus eam *retrahebant* etc. Selbst die Nov. LXXXVII. praef. steht nicht entgegen. Zwar sagt sie: utrum *donatio an legatum sit,* allein sie fügt gleich hinzu: et illos quidem *connumerantes* eam donationi, quosdam vero legatis etc. — Zu vergl. Theoph. ad J. l. c.

7) Schon die Hauptstelle drückt sich in diesem Sinne aus (C. l. c. . . . . et *omnes effectus* sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacunque parte *absimilis* eis intelligatur). Hier wird sie also nicht zu einem Legat gemacht, sondern nur in Rücksicht der W i r k s a m k e i t mit letzwilligen Vergabungen auf dieselbe Linie gestellt und als eine ähnlich zu beurtheilende Verfügung bezeichnet (non . . . absimilis eis intelligatur). Noch stärker geht dies aus den Institutionen hervor, welche die Verordnung der Hauptstelle also angeben: a nobis constitutum est, ut per omnia *fere* legatis *connumeretur;* und darauf weisen selbst die oben (Note 4) ausgehobenen Worte hin, wenn sie sagen „*ad exemplum* legatorum etc." — Worte, die jedenfalls nach dem später bezeichneten Inhalt der Verordnung zu ermäßigen sind. Eher würde die Nov. LXXXVII. praef. in den oben ausgeschriebenen Worten (Note 4) auf etwas Anderes führen, wenn wir nicht aus der Constitution selbst, worauf sie sich beziehen, und aus den Institutionen den wahren Sinn der Verordnung entnehmen könnten. Zu dem kommt aber noch die Darstellung in den Pandekten (zu vergl. den Text zu Note 10 ff.), auf welche die Novelle sich ebenfalls bezieht, und womit eine andere Auffassung als die hier vertheidigte durchaus unvereinbar erscheint, während doch die Abfassung der Digesten zur Zeit, wo die betreffende, am 1. Sept. 530 erlassene Constitution über die mortis causa donatio bestimmte, kaum recht begonnen hatte. Wir dürfen ohne Zweifel

annehmen, daß der ziemlich spät (Buch 39) vorkommende Titel der Digesten de mort. caus. donationibus im Geiste dieser Bestimmung abgefaßt worden ist.

8) Nov. cit. praef. . . . . ea quae pluribus et optimis legislatoribus visa sunt eligentes etc.

9) Nov. cit. praef. . . . . quod quidem nos in trigesimo nono nostrorum Digestorum scripsimus. *Omnia enim comprehendimus in brevi et quae vetustis et quae nobis placita sunt.*

10) D. de V. S., L. 16. l. 67. §. 1 vergl. mit D. de mort. caus. donat., XXXIX. 6. l. 35. §. 2. — Zu vergl. J. de donat., II. 7 pr.

11) D. eod., l. 38. . . . Nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat etc. Nicht die Nothwendigkeit persönlicher Gegenwart soll hiemit ausgesprochen werden, sondern das, daß sie eine unmittelbare Gewährung enthält, wodurch der Schenker etwas weggiebt, der Beschenkte etwas erhält. Daher erklärt Theophilus (ad J. l. c., §. 1) recht gut: *το τε σχεδον ειπον, επειδη απο ζωντος εις ζωντα γινεται* etc.

12) D. eod., l. 35. §. 3. Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit: scilicet ut cum convaluerit reddatur sibi etc.

13) D. eod., l. penult. vergl. mit D. de don. int. vir. et ux., XXIV. 1. l. 10. Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt.

14) D. eod., l. 11 pr. l. 25. — de mort. caus. don., XXXIX. 6. l. 40.

15) D. eod., l. 35. §. 4. . . . . et sic donari potest, ut *non aliter reddatur*, quam si prior ille, qui accepit, decesserit etc. Offenbar ist hier die Reue oder die Möglichkeit des Widerrufs ausgeschlossen. Zu vergl. D. eod., l. 13. §. 1. — Nov. LXXXVII. c. 1. . . . . et renunciare (si quidem hoc voluerint) poenitudini concessae circa pactionis revocationem etc. — Es ist selbst das sehr zweifelhaft, ob nicht auch in der Art mortis causa geschenkt werden kann, daß die Schenkung trotz dem früheren Tod des Beschenkten gültig bleibt. Indessen glaube ich hier auf diese Frage nicht weiter eingehen zu sollen.

Es könnte scheinen, die Behauptung im Texte, wornach aus den Pandekten hervorgehen soll, daß die mortis causa donatio den Legaten nicht völlig gleichgestellt sei, stehe mit einer Stelle wenigstens im Widerspruche, nämlich mit D. eod., l. 37 pr. Doch ist dieß nur Schein. Denn schon der Eingang zeigt, daß hier nicht von völliger Gleichstellung, sondern nur von ähnlicher Beurtheilung die Rede ist: illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis *comparatas*. Worte, die ganz dasselbe sagen, was in andern Stellen so ausgedrückt wird: ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt, oder: legatorum instar obtinent (D. eod., l. 15 in f. l. 17. in f.). Wenn es daher in der Stelle weiter heißt: quodcunque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum, so ist dieß eben nur im All-

gemeinen von den Wirkungen zu verstehen, ganz ähnlich wie die Schlußworte in C. de donat. mort. caus., VIII. 57. l. ult. (oben Note 7), ohne daß man daraus eine vollkommene Gleichstellung, oder auch nur das folgern dürfte, es finde in Betreff der Wirkungen gar keine Ausnahme Statt. Ulpian stellt hier die Regel auf, welche aber Abweichungen im Einzelnen nicht ausschließt. — Ich habe hier die Stelle vom Standpunkte des Justinianischen Rechts aus zu erklären gesucht. Ursprünglich hat sie vielleicht nur auf das Verhältniß der mortis causa donatio zur lex Julia und Papia Poppaea Beziehung gehabt (zu vergl. die Inscription: ad legem Juliam et Papiam).

Erstes Buch.

Die Anordnung der Vermächtnisse (Legata, fideicommissa) mit Rücksicht auf die Form.

Erster Abschnitt.

Im Allgemeinen.

§. 15.

Vermächtnisse (legata, fideicommissa) können angeordnet werden:

I. In einem Testamente, wo sie dann einen Nebentheil [1]) desselben bilden, ohne darum, wie früher wenigstens Legate [2]), an eine bestimmte Stelle gebunden zu sein [3]).

Sie können, wie sich von selbst versteht, angeordnet werden in jedem Testament, in einem ordentlichen, wie außerordentlichen mit vermehrten [4]), verminderten [5]) oder veränderten [6]) Feierlichkeiten.

Nur für Testamente von Eltern zwischen Kindern [7]) findet die besondere Bestimmung Statt, daß Vermächtnisse an fremde Personen [8]), selbst an den Ehegatten des Testirers [9]) nur gelten, wenn Zeugen zugezogen werden [10]), der Testirer die Vermächtnisse eigenhändig in sein Testament einträgt [11]), und den Zeugen mündlich die entsprechende Erklärung macht [12]). Die Zahl der

Zeugen ist römischrechtlich nicht, wie auf den ersten Anblick scheinen möchte [13]), zwei, sondern fünf [14]), und so auch deutschrechtlich [15]). Die Zeugen müssen fähig sein, wie sonst Zeugen bei letztwilligen Anordnungen [16]). Dagegen haben sie weder zu besiegeln, noch auch nur eine Unterschrift beizusetzen [17]).

1) J. de legat., II. 20. §. 34. — de fideicom. hered., II. 23. §. 2. — C. de fideicomm, VI. 42. l. 14. l. 29.

2) Caj. II. 229. — Paulus Rec. Sent., III. 6. §. 2 vergl. mit Ulp. fragm. XXV. 8.

3) C. de testam., VI. 23. l. 24. — J. de legat., II. 20. §. 34.

4) C. qui test. fac. poss., VI. 22. l. 8. . . . . et quid unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velint etc.

5) D. de test. mil., XXIX. 1. l. 24. . . . . . quem vellet sibi esse heredem, et cui *libertatem* tribuere etc. l. 40. §. 1. . . . . ex testamento ejus, qui jure militari testatus esset, servum, qui . . *legatum* meruit etc. Zu vergl. C. de testam. mil., VI. 21. l. 15.

6) Die dann im Ganzen doch wieder als geminderte Feierlichkeiten erscheinen. — C. de testam., VI. 23. l. ult. . . . . . . et sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et *maxime* quem vel quos heredes sibi relinquere voluerint etc.

7) Natürlich sofern nicht jure communi testirt wird.

8) Nov. CVII. c. 1. . . . . . Si tamen aut uxori aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata aut fideicommissa etc.

9) Die Novelle sagt γαμετῇ (uxori), aber es muß das Gleiche auch von dem Ehemanne gelten.

10) Nov. l. c. . . . . dictaque a testatoribus coram *testibus* etc.

11) Nov. l. c. . . . . et haec propria scripta manu etc.

12) Nämlich, daß sie den betreffenden Inhalt des Testaments selbst geschrieben haben und derselbe nach ihrem Willen gelten solle, Nov. l. c.

13) Die Novelle spricht nämlich von Zeugen überhaupt in der vielfachen Zahl (μάρτυρες, testes), ohne diese Zahl näher zu bestimmen; und da könnte es scheinen, daß zwei Zeugen hinreichen, D. de testib., XXII. 5. l. 12. Allein es ist in der That nicht also. Zu vergl. die folg. Note.

14) Die in der vorhergehenden Note angeführte Stelle setzt voraus, daß die Zahl durchaus unbestimmt ist (ubi numerus testium non adjicitur). Nun kann sie ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt sein. Das letztere wird man aber bei der Nov. CVII. c. 1 annehmen dürfen. Justinian hat eben die Zahl im Auge gehabt, die sonst bei Vermächtnissen erforderlich ist. Er hatte gar nicht nöthig, sich hierüber in der Novelle ausdrücklich auszusprechen; er konnte mit Recht davon ausgehen, man werde die für Ver-

mächnisse regelmäßig nothwendige Zahl als die von ihm beabsichtigte voraussetzen. Denn es ist gar kein vernünftiger Grund vorhanden, weßhalb Vermächnisse an fremde Personen in Rücksicht auf die Zeugenzahl begünstigt sein sollen, weil sie in einem Testament von Eltern zwischen Kindern angeordnet werden. Wir können dieß auch allgemeiner so ausdrücken: die in der vorhergehenden Note angeführte Stelle bezieht sich nur auf Bestimmungen, wobei es sich nicht von einer Sphäre handelt, in welcher gewöhnlich Zeugen in einer schon bestimmten Anzahl vorkommen. Denn wo es sich von einer solchen Sphäre handelt, da muß man voraussetzen, es sei die gewöhnlich vorkommende Zahl gemeint, sobald bei einer einzelnen Bestimmung die Zahl nicht besonders angegeben ist. Die fragliche Novelle bezieht sich aber auf letztwillige Verfügungen und zwar auf solche letztwillige Verfügungen, für welche die regelmäßige Zeugenzahl in fünf besteht.

15) Das deutsche Recht fordert bekanntlich schon für Testamente von Eltern zwischen Kindern an sich zwei Zeugen (RO. von 1512. Tit. von Testamenten §. 2). Allein daraus folgt nicht, daß zwei Zeugen auch dann genügen, wenn in einem solchen Testamente fremden Personen Vermächnisse verschafft werden.

16) Dieß ergiebt sich aus dem, was in Note 14 ausgeführt worden ist.

17) Zwar ist eine Unterschrift auch für Codizille erforderlich. Indessen die Novelle verlangt nichts weiter als den eigenhändigen Eintrag des Erblassers und die gehörige mündliche Erklärung desselben vor den Zeugen (Oben Note 11 und 12). Nov. l. c. . . . . . . sint firma, nihil minuenda eo, quod videantur in charta scripta, reliquam observationem testamentorum non suscipientia, sed hoc solum immutetur, quod ejus *manus et lingua* habet *omnem virtutem* chartae praebitam.

---

§. 16.

Kodizille.

Sie können aber auch angeordnet werden:

II. In einem Kodizille (codicilli [1]). Es ist aber das Kodizill, ähnlich dem Testamente, eine letztwillige Erklärung, die jedoch über das Erbrecht als solches in keiner Weise verfügen, und eben daher in einem gewissen Betrachte als Ergänzung eines Testaments gelten kann.

Die letztwillige Erklärung, worin das Kodizill besteht, kann

schriftlich oder mündlich [2]), sogar durch bloße Zeichen [3]) abgegeben werden [4]).

Schon in der Möglichkeit, ein Kodizill durch Zeichen zu errichten, liegt eine Abweichung desselben vom Testamente. Weitere wichtige Abweichungen bestehen darin, daß:

a) das Kodizill auf keine Weise über das Erbrecht als solches verfügen kann. Man drückt dieß gewissermaßen sprichwörtlich [5]) so aus: codicillis hereditas neque dari neque adimi potest [6]).

Es kann demnach in einem Kodizill weder ein Erbe eingesetzt, noch durch Nacherbeseinsetzung (substitutio) zum Erbrecht berufen [7]) und ebensowenig eine ungültige Erbeseinsetzung in demselben bekräftigt werden [8]). Es liegt in der Natur der Sache, daß auch keine substitutio pupillaris oder quasi pupillaris durch ein Kodizill angeordnet werden kann [9]), da diese Substitutionen eigentlich nichts Anderes sind als Testamentserrichtungen für Andere [10]). Von selbst versteht es sich, daß die einer Erbeseinsetzung hinzugefügte Bedingung durch eine kodizillarische Anordnung nicht beseitigt werden kann, weil dann auf den Fall ihres Nichteintritts die Erbeseinsetzung ihre Wirksamkeit dem Kodizill verdanken würde [11]). Von diesen Grundsätzen findet nur in einem Falle gewissermaßen eine Ausnahme Statt [12]).

Ein Erbrecht kann ferner durch ein Kodizill Niemanden entzogen werden. Es ist folglich eine Enterbung im eigentlichen Sinne durch dasselbe unmöglich [13]). Aber auch eine Entziehung (ademtio), welche die Eigenschaft einer wirklichen Enterbung nicht hat, kann in einem Kodizill nicht vorgenommen werden [14]); und deshalb ist es unzulässig, eine unbedingte Einsetzung durch ein Kodizill in eine bedingte zu verwandeln, da hier auf den Fall

des Nichteintritts der Bedingung eine wahre ademtio vorläge [15]). Auch hier giebt es nur gewissermassen eine Ausnahme [16]).

Ist trotz diesen Bestimmungen nicht aller Einfluß eines Kodizills auf das Erbrecht als solches ausgeschlossen [17]), so kann es doch nichts von dem aufnehmen, was den wesentlichen Inhalt eines Testaments (caput testamenti) ausmacht [18]). Ein Kodizill kann nur solche Anordnungen enthalten, die zwar auch in einem Testamente vorkommen mögen, aber nur als Nebenbestimmungen. So erscheint das Kodizill als eine Ergänzung. Einmal nach griechischer Auffassung, als Ergänzung eines Testaments, indem Anordnungen, die der Erblasser in seinem Testamente versäumt oder an welche er bei Errichtung des Testaments noch nicht gedacht hat, oder die er in seinem Testamente nicht wiederholen will, durch ein Kodizill getroffen werden [19]). Sodann als Ergänzung zur Intestaterbfolge, indem ein Erblasser, welcher an der Intestaterbfolge lediglich nicht ändern und mithin auch kein Testament machen will, zu einem Kodizille greift. Der Erblasser errichtet hier statt eines Testaments ein Kodizill, und ergänzt dadurch seinen stillschweigend auf die Intestaterbfolge gerichteten Willen [20]).

1) Das Wort wird gewöhnlich in der vielfachen Zahl gebraucht, D. de V. S., L. 16. l. 148. — Doch kommt dasselbe auch in der einfachen Zahl vor, freilich nicht gerade sehr häufig D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 19. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 38. — C. Th. de testam., IV. 4. l. 1. — de matern. bon., VIII. 18. l. 7. — de episc., XVI. 2. l. 27. — de haeret., XVI. 5. l. 40. §. 5. — C. J. de haeret., I. 5. l. 4. §. 5. — fam. hercisc., III. 36. l. ult. — qui test. fac. poss., VI. 22. l. 8. — de testam., VI. 23. l. 14. l. 28 pr. §. 1. — de codic., VI. 36. l. 3. — de lat. libert. toll., VII. 6. l. 1. §. 1. — Die Griechen bedienen sich des Ausdrucks κωδίκελλος beinahe regelmäßig. Zu vergl. Theoph. ad J. tit. de codic. — Basilic. lib. XXXVI. — Mit dem Worte codicilli im Wesentlichen gleichbedeutend wird auch der Ausdruck epistola bald ohne bald mit einem Beisatz (z. B. fideicommissaria) gebraucht. Zu vergl.

Brissonnius, de V. S. v. epistola nr. 5. — Dirksen, Manuale latinit. v. epistola nr. 3. Zu vergl. unten §. 17. Note 4.

2) C. de fideicomm., VI. 42. l. 22. Et in epistola vel libello, vel sine scriptura . . . fideicommissum relinqui posse . . nulla dubitatio est. · · de codicill., VI. 36. l. 8. §. 3. . . . . . . sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur etc. — de bon. libert., VI. 4. l. 3.

3) D. de legat. III. l. 21 pr. Nutu etiam relinquitur fideicommissum etc. — C. de fideicom., VI. 42. l. 22. . . . . imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse . . nulla dubitatio est. — Daß diese Stellen blos früheres Recht enthalten, und für das Justinianische Recht keine Bedeutung mehr haben, würde eine willkührliche Annahme sein. Sie stehen einmal im corpus juris; ihr Inhalt muß daher als geltendes Justinianisches Recht betrachtet werden. Nur wenn äußere oder innere Gründe uns nöthigten, diesen Inhalt dem blos historischen Rechte beizuzählen, würde jene Annahme gerechtfertigt sein. Solche Gründe giebt es aber nicht. — Eine andere Frage ist freilich die, ob Alles, was Inhalt eines Kodizills sein kann, auch durch Zeichen angeordnet werden möge. Ich kann diese Frage hier dahin gestellt sein lassen. Es genügt, um den allgemeinen Ausspruch des Textes zu rechtfertigen, daß ein Theil jenes Inhalts durch Zeichen angeordnet werden kann.

4) Uebrigens ist die Möglichkeit, ein Fideicommiß durch mündliche Erklärung zu errichten, nicht erst in spätern Zeiten aufgekommen. Eine solche mündliche Anordnung eines Fideicommisses finden wir schon bei Cicero, also zu einer Zeit, wo Fideicommisse noch keine Rechtskraft hatten. Wenn dieser (de finib. II. 17) nämlich erzählt: memini me adesse P. Sextilio Rufo, quum is ad amicos rem ita deferret, se esse heredem Q. Fadio Gallo, cujus in testamento scriptum esset, se ab eo rogatum, ut omnis hereditas ad filiam perveniret, so ist schwerlich an ein anderes als mündliches rogare zu denken; und wenn Cicero weiter (l. c. cap. 18) sagt: si te amicus tuus *moriens* rogaverit, ut hereditatem reddas filiae suae, nec usquam id scripserit, ut scripsit Fadius, nec cuiquam dixerit, quid facies? Tu quidem reddes etc., so ist wohl gewiß nur eine mündliche Bitte vorauszusetzen. Ohne Zweifel dürfen wir aber ferner annehmen: als Augustus die Veranlassung wurde, daß Fideicommisse rechtliche Wirksamkeit erhielten, war die letztere nicht auf schriftliche Erklärungen beschränkt. Eine Beschränkung der Art ist schon deßhalb sehr unwahrscheinlich, weil, wie die Stellen Ciceros zeigen, die mündlich nicht minder als die schriftlich errichteten Fideicommisse in der Sitte eine Stütze fanden (oben §. 1 zu Note 2 u. 3). Auch geben die Institutionen zu ihrer Annahme keine Veranlassung. Sie sprechen (de fideic. hered., II. 23. §. 1) so allgemein, daß gar kein Grund vorliegt, die mündlich angeordneten Fideicommisse von der durch August herbeigeführten Rechtskraft auszunehmen. — Wann das nutu relinquere fideicommissum aufgekommen

sei, vermögen wir nicht zu bestimmen. In dem Zeitalter Ulpian's und Paulus stand es jedenfalls schon durch die Sitte fest, Ulp. fragm. XXV. 3. — D. de legat. III. l. 21 pr.

5) D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 10. Quod *per manus traditum est* etc.

6) J. de codic., II. 25. §. 2. — C. de codic., VI. 36. l. 2.

7) J. l. c. — D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 6 pr. l. 13. §. 1. — C. eod., l. 7.

8) D. eod., l. 2. §. ult.

9) D. ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 76. — Doch tritt hier die ausnahmeweise Milderung (benigna interpretatio) ein, daß diese Substitutionen als fideicommissarische erhalten werden, D. l. c.

10) Mein Erbrecht, 1. B. 1. Unterabtheilung, 6. Kap.

11) Zu vergl. arg. der in Note 15 angeführten Stelle.

12) Nämlich in dem Fall von C. de testam., VI. 23. l. 21. §. 3 Ich sage: gewissermassen. Denn genau genommen handelt es sich hier nicht von einem einfachen Intestatkodizill, so wenig als von einer eigenen Art eines privilegirten Testaments. Nicht von einem Intestatkodizill: denn die Stelle setzt ein *testamentum* posterius imperfectum (postea ad aliud venerit *testamentum*) also offenbar voraus, daß der Erblasser nicht ein Kodizill, sondern ein Testament zu errichten beabsichtigte, zu vergl. D. de jur. codic., XXX. 7. l. 1. Es handelt sich hier aber auch nicht von einer besondern Art eines privilegirten Testaments. Die Stelle sagt ja ausdrücklich, die Anordnung solle gelten *non quasi testamentum* sed quasi voluntatem ultimam *intestati*. Wir haben hier vielmehr eine letztwillige Verfügung vor uns, welche mitten inne steht zwischen Testament und Kodizill, mit jenem wie mit diesem etwas gemein hat aber hinwiederum von beiden wesentlich verschieden ist. —

13) J. l. c. — C. de testam., VI. 23. l. 14.

14) Eine ademptio des Erbrechts als einfacher Widerruf ist überhaupt unzuläßig und hat keine Wirkung, würde sie selbst in demselben schriftlichen Testamente geschehen, das der Erblasser nachher solennisirt, D. de lib. et post., XXVIII. 2. l. 13 §. 1. Eine ademtio des Erbrechts ist nur möglich durch Errichtung eines neuen Testaments, in welchem der Erblasser ganz oder theilweise andere Erben einsetzt, als er früher eingesetzt hatte oder in welchem er nur einen Theil der frühern Erben wieder einsetzt. Sie ist ferner möglich dadurch, daß der Erblasser ein schriftliches Testament ganz oder seine wesentlichen Theile vernichtet oder seinen Inhalt, soweit er sich auf Erbeseinsetzungen bezieht, ganz oder theilweise verwischt. Daß auch ein solcher theilweiser thatsächlicher Widerruf volle Wirkung habe, ergibt sich aus einer Stelle, welche nach dem Zusammenhange in dem sie steht,

nach dem was vorhergeht und nachfolgt, nur auf einen solchen thatsächlichen Widerruf bezogen werden kann, D. de his quae in test. del., XXVIII. 4. l. 1. §. 4. Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas, si forte sit substitutus, jure facta videbitur, non quasi adempta, quoniam hereditas semel data facile adimi non potest (nämlich ohne ein neues Testament), sed quasi nec data. Ob diese Wirkung ipso jure eintrete oder ope exceptionis, und an wen bei ganzer oder theilweiser Verwischung der Erbeseinsetzungen das Ausfallende gelange, das sind Fragen, die hier füglich unerörtert bleiben können. Endlich kann nicht bloß ein ganzes Testament, sondern auch eine einzelne Erbeseinsetzung durch wörtlichen Widerruf zurückgenommen werden, vorausgesetzt daß die Bedingungen eingehalten sind, wie sie C. de testam., VI. 23. l. 27 aufstellt. Denn es ist gar nicht abzusehen, weshalb von einem Theil des Testaments als solchen nicht das Gleiche gelten soll, was von dem ganzen, und mithin nicht von einer einzelnen Erbeseinsetzung was von allen Erbeseinsetzungen zusammen. Da es somit verschiedene Arten wirksamer Ademtionen gibt, so war insbesondere von der Zeit an, wo Kodizille an eine Form gebunden waren, und ist somit namentlich für das Justinianische Recht kein genügender Grund vorhanden, den Widerruf eines Erbrechts in einem Kodizill nicht zuzulassen. Hat man daher die alte Regel codicillis hereditas adimi non potest dennoch beibehalten, so kann es nur deßhalb geschehen sein, weil man eben von dem alten Satz nicht abweichen wollte, daß in Kodizillen überhaupt keine das Erbrecht (caput testamenti) bestimmende Verfügung getroffen werden könne.

15) D. de condit. inst., XXVIII. 6. l. 27. §. 1. . . . . . hereditas codicillis neque dari neque adimi potest: porro in defectu conditionis de ademptione bereditatis cogitasse intelligitur.

16) Wenn nämlich das Kodizill so errichtet wird, daß die Bedingungen des Widerrufs, wie sie C. de testam., VI. 23. l. 27 aufstellt, zutreffen. Zu vergl. Note 14. Wenn der Text hier ebenfalls sagt: gewissermassen, so erklärt sich dieß daraus, weil die ademptio hier nicht durch das Kodizill als solches, sondern dadurch bewirkt wird, daß in Folge der Errichtung des Kodizills ein rechtlich wirksamer Widerruf vorliegt. —

Allenthalben keine eigentliche Ausnahme bildet es, daß ein Soldat, der militärisch testiren kann, in einem Kodizill sowohl eine Erbeseinsetzung als eine Erbesentziehung vornehmen kann, D. de test. milit., XXIX. 1. l. 36 pr. Denn darin eben besteht das Privilegium der Soldaten, daß sie nuda voluntate ein Testament errichten wie aufheben, ein Erbrecht nuda voluntate wie geben, so auch nehmen können D. eod., l. 15. §. 1. — Wird nun diese voluntas in einem Kodizill ausgesprochen, so muß sie doch gewiß nicht weniger wirksam sein, als wenn sie irgendwie sonst kund gegeben wird. Der Name Kodizill kann unmöglich etwas ausmachen, sobald der Wille des Soldaten gewiß ist. Man hat auch hier

anzuerkennen: nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia, D. eod., l. 3.

17) Mein Erbrecht §. 19 zu Note 10 und 11.

18) d. h. Erbeseinsetzung J. de legat., II. 20. §. 34 und damit zusammenhängend Enterbung.

19) Theophil. ad J. de codic., II. 25 pr. . . . κωδικελλος δε εστιν ελλιβους εν διαθηκη γνωμης τεστατωρος αναπληρωσις. — Zu vergl. Basilic. lib. XXXVI. tit. I. l. 1. —

20) Wie Isidorus dieß ausdrückt Origin. V. 24. §. 14. . . . . Sicut autem codicellus fit *vice testamenti*, ita epistola vice codicellorum. Das Kodizill vertritt gleichsam das Testament, ist ein letzter Wille um dieses zu ersetzen, damit man nicht ein mit größerer Feierlichkeit umgebenes Testament zu errichten genöthigt sei. Zu vergl. Isidorus, l. c. und unten §. 19. sub I.

---

§. 17.

Fortsetzung.

Aus dem so zu sagen minder wichtigen Inhalte eines Kodizills erklärt es sich, daß:

b) die Förmlichkeiten des Kodizills gemindert sind in Vergleichung mit den Förmlichkeiten eines Testaments.

In dem römischen Rechte vor Constantin bedurften Kodizille gar keiner Förmlichkeit [1]). Es war allein nöthig, den Beweis zu führen, daß wirklich Kodizille vorhanden, oder daß vorgelegte schriftliche Kodizille ächt seien [2]). Dieser Beweis konnte am einfachsten durch Zuziehung von Zeugen zur Errichtung von Kodizillen vermittelt werden; und in der That scheinen Zeugen das gewöhnliche [3]) wenn auch nicht das ausschließliche [4]) Beweismittel gewesen zu sein. Erst Constantin schrieb die Zuziehung von Zeugen als Förmlichkeit vor [5]), und zwar für jede Art von Kodizillen [6]) und in der Weise, daß so viele Zeugen wie zu einem Testamente zugezogen werden sollten [7]). Von selbst versteht es sich, daß den Zeugen die Eigenschaft von Testamentszeugen zukommen mußte [8]), ohne daß deßhalb alle Testaments-

förmlichkeiten gefordert worden wären [9]). Die Vorschrift von Constantin wurde später etwas abgeändert [10]), von Theodosius aber wieder hergestellt [11]) und einigermassen erweitert [12]). Diese Theodosische Verordnung hat Justinian in seinen Codex aufgenommen [13]) aber in mannigfacher Beziehung abgeändert [14]).

1) Alle Stellen, in welchen von Zeugen die Rede ist (unten Note 3), haben die Zeugen als Beweismittel im Auge. Wenigstens ist in keiner derselben auch nur angedeutet, daß die Zeugen um der Förmlichkeit willen zugezogen werden. — Daß der Erblasser selbst ein schriftliches Kodizill weder eigenhändig zu schreiben oder zu unterschreiben noch zu siegeln hatte, wird uns ausdrücklich gesagt D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 6. §. 1—2.

2) D. de legat. II. l. 89 pr. . . . . Respondi, si fides epistolae relictae constaret, deberi, quae in ea dare se velle significavit.

3) D. de legat. III. l. 39. §. 1. — C. de fideicom., VI. 42. l. 22. Et in epistola, vel libello, vel sine scriptura, imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus, nulla dubitatio est. Es ist gar kein Grund vorhanden, die Worte: *adhibitis testibus* für ein Einschiebsel der Verfertiger des Codex zu halten. Denn bezieht man sie auch nicht blos auf den Satz: *vel sine scriptura, imo etiam nutu,* so deuten sie doch nicht im Mindesten an, daß die Zeugen der Förmlichkeit wegen beizuziehen seien. Nicht einmal das läßt sich ihnen entnehmen, daß Zeugen das ausschließliche Beweismittel waren, dessen man sich zu bedienen hatte. Sie weisen eben auf Zeugen als das natürliche und wohl auch regelmäßige Mittel hin, dessen man sich bediente, um das Dasein und die Aechtheit von Kodizillen festzustellen. Andere Mittel z. B. Unterschrift oder Besiegelung des Erblassers 2c. sollen damit nicht ausgeschlossen sein.

4) Zu vergl. die vorhergehende Note. Eine andere Frage ist freilich die, ob die bei Paulus Rec. Sent., V. 25. §. 6 angeführte Verordnung auf schriftliche Kodizille angewendet worden sei, so daß hier, wenn auch nur des Beweises wegen, Zeugen zuzuziehen waren und diese Zeugen das Kodizill zu besiegeln und ihre Unterschrift beizusetzen hatten. Würde man die Frage bejahen, so hätte man noch einen weitern formellen Unterschied zwischen dem eigentlichen schriftlichen Kodizill und der epistola, als man sonst anzunehmen berechtigt wäre. Daraus würde sich dann auch der Gegensatz zwischen codicilli und epistola (Isidorus, Orig. l. c. . . . . *ita epistola vice codicellorum.* — D. de legat. II. l. 89 pr. . . . . *id vice codicillorum valeret* etc.), die übrigens juristisch im Ganzen gleich wirkten und auch sprachlich hie und da promiscue gebraucht wurden (D. de adim. vel transf. leg., XXXIV. 4. l. 30. §. 1), in einem höhern Grade erklären. Allein gerade die Bejahung der Frage ist sehr zweifelhaft, da es bei der

Anwendung jener Verordnung auf schriftliche Kodizille höchst auffallend wäre, daß in den Digesten nirgends von Zeugen und deren Unterschrift bei Kodizillen die Rede ist (D de legat. III. l. 39. §. 1 handelt offenbar von einem mündlichen Kodizill), während die Verfertiger der Digesten hier zum Streichen gar keine Ursache gehabt hätten, weil auch das neueste Recht Zeugen und deren Unterschrift für schriftliche Kodizille fordert. Und wollte man vermöge eines argumentum e contrario in D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 6. §. 1 und 2 eine Spur von Zeugen und deren signa entdecken, so wäre es in der That eine so schwache Spur, daß selbst ein sehr scharfes Aug sie unbemerkt und unbeachtet lassen wird. Außerdem würde es nicht recht zu erklären sein, daß in späterer Zeit, wo man gerade darauf ausging, Förmlichkeiten für Kodizille einzuführen und zu erweitern, die Besiegelung der Zeugen abkam. — Hiemit soll nur die formelle Nothwendigkeit der Besiegelung und Unterschrift in Abrede gestellt, aber keineswegs geläugnet werden, daß man dieselbe vielleicht nicht selten wohl aus Vorsicht und zur Wahrung der Identität anwandte.

5) C. Th. de testam., IV. 4. l. 1.

6) C. Th. l. c. Zwar der Eingang der Stelle (in codicillis, quos testamentum non praecedit etc.) scheint eine Beschränkung auf eine gewisse Art von Kodizillen zu machen. Aber auf welche? Die westgothische interpretatio denkt an Intestatkodizille; allein diese Auffassung ist offenbar nicht entscheidend. Eben so gut könnte man an unbestätigte Kodizille denken, weil Kodizille, denen ein Testament vorhergeht (quos testamentum praecedit), in dem letztern bestätigt zu sein pflegen, während Kodizille, die vor einem Testament errichtet werden, nach dem Rechte zur Zeit Constantin's — wie sich später zeigen wird — an sich keiner Bestätigung bedurften, und wohl auch der Beschaffenheit ihres Inhalts wegen nicht bestätigt worden sein mögen, weil sie als vor einem Testament errichtet in der Regel einen Inhalt hatten, der auch für unbestätigte und für Intestatkodicille sich eignete. — Wie übrigens der Eingang gemeint war, der Schlußsatz verallgemeinert die Bestimmung in einer Weise, die jede Beschränkung ausschließt, indem er sie auf alle und jede Art von Kodizillen ausdehnt. Er sagt nämlich: quod et in ceteris voluntatibus placuit observari. Unter diesen ceterae voluntates können nur die andern Arten von Kodizillen gemeint sein. Denn wollte man darunter Testamente verstehen, weil auch vorher von voluntatibus testamenti geredet wird, so wäre der angeführte Schlußsatz völlig unnöthig. Daß für Testamente 7 oder 5 Zeugen gefordert werden, und Testamente, wo die gehörige Zahl fehlt, ungültig seien, brauchte nicht erst bemerkt zu werden; das war ja längst bekannt. Ohnehin macht der Schlußsatz den Eindruck, als ob für die ceterae voluntates erst jetzt etwas geordnet werde, was früher nicht dabei galt. Müssen wir unter den ceterae voluntates die übrigen Kodizille verstehen, welche in den Eingangsworten zunächst nicht enthalten sind, so haben wir keinen Grund

von diesen ceterae voluntates wiederum einzelne z. B. die testamentlichen Kodizille auszunehmen, und unter den ceterae voluntates etwa blos (im Gegensatz gegen *instrumentum* codicilli) die mündlichen Intestatkodizille zu verstehen. Die ceterae voluntates sind eben alle andern Kodizille, d. h. eben die Kodizille, die nicht im Eingange genannt sind. Denn diese andern Kodizille alle sind im Verhältniß zu den im Eingang bezeichneten *ceterae* voluntates.

7) C. Th. l. c. . . . . sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet etc.

8) Denn es sollten nicht blos Zeugen überhaupt bei der Errichtung sein, sondern es sollten dabei wie bei Testamenten 7 oder doch 5 Zeugen nicht fehlen. Also mußten die Zeugen auch dieselbe Eigenschaft haben wie die Testamentszeugen.

9) Daß die von Constantin vorgeschriebene Form für Kodizille die gewöhnliche prätorische oder civile Testamentsform gewesen sei, diese Behauptung läßt sich auf keine Art beweisen, wohl aber durch triftige Gründe widerlegen. Man kann nämlich a) nicht dafür anführen die Worte: *sicut in voluntatibus testamenti.* Denn man muß dieselben auf das beziehen, was die Stelle mit ihnen unmittelbar in Zusammenhang bringt (zu vergl. Note 7); und demnach sagen sie blos, wie bei Testamenten so dürfe auch bei Kodizillen die Dazwischenkunft von 7 oder 5 Zeugen nicht fehlen. Was folglich von den Testamenten herüber genommen wird auf Kodizille, ist einzig die Zahl der Zeugen, und natürlich die Eigenschaft der Zeugen (zu vergl. Note 8). Von andern Förmlichkeiten, die bei Testamenten vorkamen, sagen diese Worte lediglich nichts; man müßte eine Beziehung darauf in dieselben erst hineintragen, um sie dann darin zu finden. Allerdings könnte hiebei b) auffallend erscheinen, daß die Stelle sagt: *septem testium vel quinque.* Denn wenn hierin nicht eine Hinweisung auf die verschiedenen Förmlichkeiten nach prätorischem und nach civilem Recht liegen und blos bestimmt werden sollte, daß testamentsfähige Zeugen zuzuziehen seien, so genügte die Zahl fünf. Wozu noch die Zahl sieben hervorheben? — Indessen schwindet alles Auffallende, wenn wir uns nur den Ausspruch übersetzen: sieben Zeugen oder mindestens fünf; eine Uebersetzung, die sprachlich um so weniger gegen sich hat, als die Stelle nicht sagt: septem vel quinque testium sondern: septem testium vel quinque. Der Ausspruch, nach dieser Uebersetzung, erklärt sich einfach, wenn wir bedenken, daß zur Zeit Constantins die prätorische Form des Testaments wohl die häufigere und gewöhnliche gewesen sein wird, insofern wenigstens als die ausschließlich civile schwerlich noch in dem gleich häufigen Gebrauch war. So geschah es denn natürlich, daß Constantin verordnete, es sollen zu Kodizillen zugezogen werden sieben Zeugen (wie gewöhnlich zu einem Testament, nämlich zum Testament in prätorischer Form) oder mindestens fünf Zeugen (wie sie auch noch bei dem reinen Civiltestament vorkamen).

Es läßt sich freilich c) nicht verkennen, daß in Folge der Kodizillarklausel manches Kodizill vorlag, das in Testamentsform war errichtet worden. Dieß würde immerhin mit zur Erklärung dienen, wenn Constantin wirklich die vollen Testamentsformen auch für Kodizille beliebt hätte. Aber zuerst müßte ein solches Belieben feststehen, ehe man sich nach einer Erklärung umsieht. Der Schluß jedoch, Constantin habe die Testamentsformen für Kodizille verordnet, weil sich diese Verordnung vielleicht aus dem, was sonst auch vorkam, erklären lasse, ist zu gewagt, um irgend ins Gewicht zu fallen. Zu dem ist die Kodizillarklausel ohne Zweifel eben so oft wegen Mangels der Förmlichkeiten (hinsichtlich der Zahl und Fähigkeit der Zeugen, der signa beim prätorischen Testament, oder hinsichtlich der nuncupatio testamenti und der mancipatio familiae beim civilen) als aus andern Gründen zur Anwendung gekommen. Welches indessen bis zur besprochenen Verordnung Constantins die häufigern Fälle ihrer Anwendung gewesen sein möchten, das ist sehr die Frage. — Auf der andern Seite stehen der hier bestrittenen Behauptung sehr triftige Gründe entgegen: 1) der ganze Zweck der constantinischen Anordnung. Dieselbe sagt: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Also es soll dafür gesorgt werden, daß die Nachfolge eines letztwillig Verfügenden keinen Nachtheil erleide; mit andern Worten, die Erben sollen durch die Zuziehung von Zeugen gesichert werden, daß kein Kodizill unterschoben und die Erbschaft nicht durch falsche, unrichtige Kodizille geschmälert werde. Hiezu genügte die Theilnahme von Zeugen bei der Errichtung, und es mußte nur die Zahl und die Eigenschaft derselben bestimmt werden. In diesem Betrachte war es natürlich, die Analogie der Testamente anzuwenden. Aber weiter zu gehen und alle Förmlichkeiten der Testamente vorzuschreiben, dazu war gewiß kein Grund vorhanden. 2) Zu der Förmlichkeit des civilen Testaments gehörte wesentlich die mancipatio familiae und die nuncupatio testamenti. Jene und diese, wie wir sie aus Gajus (II, 104) kennen, hatte eine so wesentliche Beziehung auf ein Testament, daß sie nicht ohne weiters auf ein Kodizill, das ja kein Testament sein sollte, angewendet werden konnten. Ist es nun wahrscheinlich, daß Constantin für das Kodizill einfach alle Förmlichkeiten des prätorischen oder civilen Testaments vorgeschrieben haben sollte, ohne irgend anzugeben, wie es denn hinsichtlich der civilen mancipatio familiae und nuncupatio testamenti zu halten und in welcher Art die letztern bei einem Kodizill anzuwenden seien? Ueber diese Schwierigkeit kommt man freilich sehr leicht hinweg, sobald man annimmt, Constantin habe schon vor dieser Anordnung die familiae mancipatio und nuncupatio testamenti für das civile Testament aufgehoben. Ich verkenne das Gewicht der Gründe nicht, welche für diese Annahme geltend gemacht werden. Immerhin jedoch bleibt es räthselhaft, wie civiles und prätorisches Testament, die sich nun blos in der Zahl der Zeugen unterschieden hätten, noch über ein Jahrhundert neben einander bestanden, bis

Theodosius eine Form für alle Testamente vorschrieb. Wenn auch Constantin selbst, gefesselt durch geschichtliche Ueberlieferung und eine alte Sitte, Bedenken getragen hätte, die beiden Testamente, welche er nach jener Annahme wesentlich gleich gemacht haben würde, in eines zu verschmelzen; so ist doch unerklärlich, warum bis zum Jahre 439 keiner seiner Nachfolger eingegriffen, und ein in der That kaum mehr begreifliches Verhältniß auf die eine oder andere Weise geordnet hat. Hieran knüpft sich denn 3) die weitere Schwierigkeit, daß man gar nicht wüßte, wozu noch ein Unterschied zwischen Testament und Kodizill gemacht wurde, wenn das letztere alle Förmlichkeiten eines Testaments erfordert hätte. Und doch hebt Constantin selbst sechs Jahre nach der hier besprochenen Verordnung diesen Unterschied stark genug hervor, C. de codicill., VI. 36. l. 7. Wir ersehen aus dieser Stelle zugleich, daß Zweifel obgewaltet haben müssen, ob das Kodizill nicht die gleiche Bedeutung wie ein Testament habe. Nun sind diese Zweifel allerdings erklärlich, wenn für Kodizille auch nur die gleiche Zahl fähiger Zeugen wie für Testamente erforderlich war. Dagegen wäre es völlig unerklärlich, daß Constantin diese Zweifel beseitigend den alten Unterschied noch festgehalten haben sollte, wenn überhaupt die volle Förmlichkeit der Testamente auch für Kodizille nöthig gewesen sein würde. Der bloße Name Kodizill, dessen sich der Erblasser bei der Errichtung etwa bediente, konnte doch unmöglich so viel ausmachen, wenn der Erblasser selbst in dem von ihm errichteten und Kodizill genannten letzten Willen eine Erbeseinsetzung vorgenommen und dadurch die Absicht an den Tag gelegt hätte, eine das Erbrecht betreffende Anordnung zu machen. Wollte man zwischen Testament und Kodizill, die durchgreifende Gleichheit der Förmlichkeiten vorausgesetzt, noch einen Unterschied gelten lassen, so konnte es vernünftiger Weise nur der sein, daß ein Kodizill nicht wie das Testament einer Erbeseinsetzung zu seiner Gültigkeit bedurfte, während für den weitern Unterschied: codicillis hereditas neque dari neque adimi potest gar kein Grund vorgelegen wäre. Allerdings konnte, war einmal der letztere Unterschied aufgegeben, leicht die verwirrende Frage entstehen, wie Kodizille mit Erbeseinsetzungen oder Enterbungen neben einem Testamente zu beurtheilen seien; aber die Verwirrung mußte bei der Beibehaltung des Unterschieds nicht geringer sein, wenn ein Erblasser einen letzten Willen mit der vollen Testamentsförmlichkeit errichtete, ohne sich bestimmt auszusprechen, ob er ein Testament oder Kodizill errichte. Mochte ein solcher letzter Wille neben einem Testament oder ohne Testament errichtet worden sein, Erbeseinsetzungen enthalten haben oder nicht, so mußte Zweifel entstehen, wie er behandelt werden solle, als Testament oder Kodizill? Gerade diese möglichen Verwirrungen müssen uns in der Ueberzeugung bestärken, daß es gar nicht in der Absicht Constantin's lag, alle Testamentsförmlichkeiten auf Kodizille zu übertragen. In der That scheint auch 4) seine Verordnung selbst nur auf die Zahl der Zeugen Gewicht zu legen, indem sie sagt:

si quando igitur *testium numerus* defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum; während es doch am Platz gewesen wäre, hier gerade ebenfalls auf die übrigen Testamentsförmlichkeiten Bezug zu nehmen, würde auch ihre Anwendung auf Kodizille wirklich beabsichtigt worden sein. Die westgothische Interpretatio, welche freilich die Unterschrift der Zeugen hinzuthut, und nicht blos auf die Zahl der Zeugen Gewicht legt (hunc ipsum eodem numero testium, h. e. septem aut quinque subscriptionibus faciat confirmari), kann keinen Ausschlag geben, zu vergl. Note 10. 12. 13.

10) C. Th. de testam., IV. 4. l. 7. in f. (ed. Haenel) videlicet (indem das ut nach der Conjectur Hänels l. c. Not. o hier wegbleibt) post hanc sanctionem divinis et liquescentibus apicibus, qui *trium testium numero sint contenti.* Daß die Verordnungen, welche sich mit drei Zeugen begnügten, auch auf Testamente sich bezogen haben, ist gewiß nicht wahrscheinlich. Blos auf Kodizille bezogen, liefern sie aber den Beweis, daß es sich für Kodizille nur um die Zuziehung von Zeugen nicht um die übrigen Testamentsförmlichkeiten handelte, da die Zahl von drei Zeugen zu keiner Testamentsform paßte, und die Annahme, man habe für Kodizille unter Beibehaltung der übrigen Testamentsförmlichkeiten nur die Zahl der Zeugen auf drei herabgesetzt, wäre allzu willkührlich, um einer Widerlegung zu bedürfen.

11) C. Th. l. c. . . . . In omni autem genere testamenti, sive id praetorio jure sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur etc.

12) C. Th., l. c. . . . . id volumus observari, ut eodem die, quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur, nihilque ejus in diem alterum differatur etc. Diese Bestimmung darf mit der Einheit der Handlung nicht verwechselt werden; die letztere greift theils weiter theils nicht so weit. — Uebrigens zeigt uns die Constitution, welche hier besprochen wird, ziemlich klar, daß außer der Zuziehung von Zeugen andere Förmlichkeiten der Testamente für Kodizille nicht erfordert wurden; denn sie verlangt für sie nicht einmal eine rogatio testium im förmlichen Sinne. Sie fährt nämlich nach der vorhin ausgehobenen Stelle fort: quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque *vel rogati aut qui fortuito venerint*, possint jure testimonium perhibere etc. Zwar hat man versucht, die Worte qui fortuito venerint mit Rücksicht auf D. qui test. fac. poss., XXVIII. 1. l. 21. §. 2 in einer Weise zu erklären, wornach sie die rogatio nicht ausschließen. Allein man hat dabei übersehen, daß diese Pandektenstelle den Begriff der rogatio gerade dahin bestimmt, rogati seien die testes, wenn sie entweder schon zum Zweck der Testamentserrichtung zusammen gerufen oder wenn sie, sofern sie zu andern Zwecken zusammen gekommen wären, vor der Errichtung des Testaments auf diesen Akt und ihre Zeugenthätigkeit dabei (ad testamentum se adhibitos) aufmerksam gemacht wurden; in dem letzten Fall seien sie eben so

gut rogati wie in dem ersten. Nun sagt aber Theodosius: vel rogati aut qui fortuito venerint, und stellt mithin die letztere (qui fortuito venerint) den rogati gegenüber. Er kann daher nicht wohl voraussetzen, daß bei den fortuito anwesenden Zeugen das noch geschehen sei, wodurch sie ebenfalls zu rogati geworden wären. Denn in diesem Fall hätte es einfach genügt hervorzuheben, daß die testes rogati sein müssen; es durften aber nicht die fortuito anwesenden den testes rogati gegenüber gestellt werden. Daß jedoch Theodosius durch die Worte qui fortuito venerint gerade darauf habe hinweisen wollen, es könnten auch diese noch testes rogati werden, daß er folglich, wie Ulpian, in der angeführten Pandektenstelle eben den Begriff der rogatio näher habe bestimmen wollen, dazu war gewiß weder seine constitutio der passende Ort noch macht die Fassung seiner Worte eine solche Absicht irgendwie wahrscheinlich. Freilich bezieht sich der hier erörterte Ausspruch nicht blos auf Kodizille, sondern auch auf Testamente, und für die letztern wollte doch Theodosius die Nothwendigkeit der rogatio schwerlich aufheben. Indessen steht nichts im Wege, den Ausspruch zu theilen, und den ersten Theil (vel rogati) auf Testamente, den zweiten hingegen (aut qui fortuito venerint) auf Kodizille zu beziehen. Für Testamente oder Kodizille sollen 7 oder mindestens 5 Zeugen zugezogen werden, nämlich für jene rogati, für diese genügen auch qui fortuito venerint.

13) Während dieselbe in dem Occident aufgehoben worden war, C. Th. l. c. Interpretatio .... Extrema pars legis istius ideo non habetur scripta vel exposita, quia Novella lege calcatur. Die Vermuthung, welche unter dieser Novella lex eine Anordnung Valentinian's III. (Novell. const. ed. Haenel, Nov. Valent. III. Tit. 20. Novell. 2) versteht, hat wohl Wahrscheinlichkeit; doch läßt sich nicht läugnen, daß diese Anordnung die theodosische nur theilweise abändert, nicht aufhebt. — Daß die theodosische Verordnung auch für den Orient vor Justinian außer Kraft gekommen wäre, dafür wüßten wir lediglich nichts anzuführen. Im Gegentheil scheint C. qui test. fac. poss., VI. 22. l. 8 aus dem Jahr 521, man mag sie interpretiren wie man will, offenbar von der Voraussetzung auszugehen, daß auch für Kodizille Zeugen nöthig seien. Indessen hat man aus dieser Stelle folgern wollen, daß bis auf Justinian die Kodizille an alle Förmlichkeiten der Testamente gebunden waren, weil die Kodizille eines Blinden den gleichen Förmlichkeiten wie dessen Testamente unterworfen worden seien. Allein man darf von der außerordentlichen Form für die letztwilligen Verfügungen eines Blinden keinen Schluß auf die gewöhnliche Form der Kodizille machen. Wie man die l. 8. C. cit. in den Codex aufnahm, trotz dem daß nach Justinianischem Rechte die Förmlichkeiten eines Kodizills von denen für ein Testament wesentlich abweichen, so konnte man vor Justinian die Kodizille eines Blinden seinem Testamente gleich stellen zu müssen glauben, während sonst die Kodizille abgesehen von der Zahl

und Fähigkeit der Zeugen an die Form der Testamente nicht gebunden waren. Umgekehrt könnte man aus der namentlichen Beziehung auf Kodizille, wie sie die l. 8. C. cit. enthält, zu folgern versucht sein, daß die Kodizille sonst nicht alle Förmlichkeiten der Testamente erforderten, da in diesem Falle jene namentliche Beziehung überflüssig gewesen wäre. Freilich ist auch dieser Schluß nicht unbedenklich, weil es nöthig scheinen mochte, die außerordentliche Bestimmung für das Testament eines Blinden namentlich auf dessen Kodizille zu beziehen, um jeden Zweifel zu beseitigen. Dagegen dürfte hinwiederum auf die Worte: quae in eundem modum *erunt* observanda d. h. auf den Gebrauch des futurum kaum irgend ein Gewicht zu legen sein. Denn hieraus zu schließen, daß die Anordnung für Kodizille nur als eine natürliche Folge dessen hervorgehoben sei, was für die Testamente der Blinden festgesetzt wurde, das hieße der gesetzlichen Sprache Gewalt anthun, da sich dieselbe bei neuen Anordnungen, die ganz und gar nicht blos natürliche Ausflüsse anderer Verfügungen sind, das futurum eben so gut bedient wie anderer Zeitweisen.

14) C. de codicill., VI. 36. l. 8. §. 3. — Um nur einiger Hauptveränderungen zu erwähnen, so hat Justinian einmal die Nebeneinanderstellung der Testamente und Kodizille unterlassen, im Gegentheil ausdrücklich hinzugefügt: excepto testamento. Sodann hat er das Gebot der Vollendung an einem Tage verwandelt in das Gebot: in uno eodemque tempore debent adhiberi. Endlich hat er am Schlusse in den Worten: testibus videlicet etc. eine weitere Bestimmung hinzugefügt.

---

§. 18.

Justinianisches Recht über die Förmlichkeiten der Kodizille.

Demnach erfordern Kodizille die Zuziehung von 5 Zeugen, welche die Fähigkeit von Testamentszeugen haben [1]), ohne jedoch rogati sein zu müssen [2]), ob sie gleich der Form wegen zugezogen werden [3]). Die Errichtung hat in Einheit der Handlung vor sich zu gehen [4]). Werden Kodizille schriftlich errichtet, so bedürfen sie, nachdem sie den Zeugen mit der gehörigen Erklärung vorgelegt sind [5]), der Unterschrift des Erblassers oder eines Andern für ihn, er hätte sie denn ganz mit eigener Hand geschrieben, und dieß in denselben irgendwo bemerkt [6]). Auf den Stoff, worauf sie geschrieben sind, kommt so wenig etwas an, als auf

die Sprache, in der sie geschrieben sind [7]). Auch können sie den Zeugen offen oder verschlossen vorgelegt werden [8]). Dagegen müssen die letztern jedenfalls ihre Unterschrift beifügen [9]); ihre Besiegelung ist überflüssig [10]). Werden jedoch Kodizille mündlich oder durch Zeichen errichtet, dann ist ihr Inhalt den mit der Absicht des Erblassers bekannten [11]) Zeugen in einer diesen Zeugen verständlichen Sprache oder in deutlichen Zeichen vorzutrageu [12]). — Diese Grundsätze des Justinianischen Rechts [13]) über die Förmlichkeiten der Kodizille sind durch das Deutsche auf keine Weise abgeändert [14]). — Von selbst versteht es sich übrigens, daß Kodizille auch in der Form von Testamenten, der ordentlichen wie der außerordentlichen, errichtet werden können [15]). Kodizille von Blinden müssen sogar in derselben Form wie deren Testamente errichtet werden [16]).

Wie jedoch Kodizille gemacht werden, so können diejenigen nicht Zeugen dabei sein, welche in denselben selbst bedacht sind [17]), und muß sie der Erblasser in eigener Person [18]) errichten.

1) C. eod. . . . . quinque testes etc. Daß die Zeugen die Fähigkeit von Testamentszeugen haben müssen, dürfte man schon deßhalb anzunehmen berechtigt sein, weil die nächste Analogie, welche man hier in Anwendung zu bringen hat, die der Testamente ist. Zu dem kommt der historische Zusammenhang mit dem frühern Rechte. Schon nach der constantinischen Anordnung sollten die Zeugen die Eigenschaft fähiger Testamentszeugen haben (oben §. 17. zu Note 8). Entschieden ist dieß nach der theodosischen Verordnung der Fall, welche das Requisit der Zeugen für Testamente und Kodizille zusammenfaßt, für beide zugleich fordert, daß septem aut quinque . . . . possint jure testimonium perhibere (oben §. 17. Note 12). Zwar hat Justinian, indem er die theodosische Constitution in den Codex aufnehmen ließ, die Beziehung auf Testamente beseitigt (oben §. 17. Note 14), und statt der vorhin angeführten Worte gesetzt: quinque testes . . . . debent adhiberi. Allein hieraus läßt sich um so weniger folgern, daß Justinian in Betreff der Fähigkeit der Zeugen eine Aenderung beabsichtigt habe, als der Ausdruck: quinque testes debent adhiberi nur kürzer und bestimmter ist denn der theodosische, und als die

Beseitigung einer Beziehung auf Testamente schon darum geboten war, weil seit der Verordnung von 439 (C. de testam., VI. 23. l. 21) die Testamente nur vor 7 Zeugen errichtet werden konnten.

2) C. eod. . . . . vel rogati vel qui fortuito venerint etc. Zu vergl. noch oben §. 17. Note 12. Die am Schlusse dieser Note besprochene Einwendung fällt hier von selbst hinweg, weil Justinian nur von Kodizillen redet und geradezu sagt: excepto testamento. — Dagegen können die Worte: *debent adhiberi* nicht für die Nothwendigkeit einer rogatio angeführt werden. Dem ganzen Zusammenhang nach beziehen sich nämlich jene Worte nicht auf das, was wie die rogatio der Errichtung vorhergeht, sondern auf die Errichtung selbst und ihre Dauer (in uno eodemque tempore debent adhiberi). Zudem ist der Ausdruck adhibere so allgemein, und hat so wenig technische Bedeutung für letztwillige Anordnungen, und wechselt auch mit andern ähnlichen Ausdrücken (D. de testib., XXII. 5. l. 1. §. 1. l. 14. 15. 17. — qui testam. fac. poss., XXVIII. 1. l. 20 pr., wo testem esse und adhiberi gleichbedeutend genommen, §. 5, wo testimonium dicere, testem esse, produci statt adhiberi gebraucht wird, l. 27, wo die Worte testium numero habendus und testis adhibitus dasselbe besagen), daß derselbe lediglich nicht zum Beleg jener Nothwendigkeit dienen kann.

3) Zwar sind die Zeugen insofern allerdings Solennitätszeugen. Indessen gehört der von Manchen aufgestellte Unterschied zwischen diesen und den Beweiszeugen mit der besondern Bedeutung jenes Unterschieds (daß z. B. die Solennitätszeugen keine Frauen sein dürfen und r o g i r t werden müssen) zu den ungerechtfertigten Verallgemeinerungen, die leicht in Irrthümer führen. Entweder überträgt man dabei das, was für Testamente Rechtens ist, ohne alle Berechtigung auf andere Fälle, wo Zeugen der Form, d. h. der Solennität wegen zugezogen werden, oder sucht man etwa eine Eigenschaft, die man als Eigenschaft von Solennitätszeugen ansieht, aus vermeintlich innern Gründen zu rechtfertigen, und fordert sie dann in allen Fällen, in welchen man in den Zeugen Solennitätszeugen erblickt. Die Richtigkeit dieser Bemerkung ergiebt sich daraus. Bekanntlich gehört es formell zur Intercession einer Frauensperson, daß das öffentliche Instrument von drei Zeugen unterschrieben werde, aber nirgend im Gesetz ist davon die Rede, daß die Zeugen Männer und r o g i r t sein müssen (C. ad Sctum Vell., IV. 29. l. 23. §. 2). Eben so wenig ist für die drei Zeugen, welche erfordert werden, um einem Pfandrecht die Wirkung eines öffentlichen zu verleihen, die rogatio testium vorgeschrieben (C. qui pot. in pign., VIII. 18. l. 11). Umgekehrt sind die Zeugen, welche unter Umständen zum Beweise einer Zahlung zugezogen werden sollen, offenbar B e w e i s z e u g e n. Dennoch müssen sie rogirt sein (C. de testib., IV. 20. l. 18. — Nov. XC. c. 2 und 3).

4) C. eod. . . . . in uno eodemque tempore debent adhiberi etc.

Sollen alle Zeugen zu einer und derselben Zeit zugezogen werden, die Zeugen also und der Erblasser bei dem Akte zugleich gegenwärtig sein, so versteht sich doch wohl das weitere, was noch zur Einheit der Handlung gehört, das nämlich, daß sie nicht durch fremdartige Geschäfte unterbrochen werde, ganz von selbst. Denn ein *unum idemque tempus* setzt doch wohl eine fortlaufende, durch keinerlei Pausen unterbrochene Zeit voraus. In der That wird denn auch sonst die Einheit der Handlung auf dieselbe Weise ausgedrückt, C. de testam., VI. 23. l. 21. §. 2. Per nuncupationem quoque . . . testamenta non alias valere sancimus, quam si septem testes (ut supra dictum est) simul *uno eodemque tempore* collecti testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis audierint. Bestätigt wird diese Auffassung durch C. de testam., VI. 23. l. 28 pr., welche in den Worten: sancimus, in tempore quo testamentum conditur *vel codicillus nascitur* vel ultima quaedam dispositio secundum pristinam observationem celebratur etc. die Einheit der Handlung entschieden auch für Kodizille anordnet und näher bestimmt. Zugleich liefert diese Stelle einen Beleg dafür, daß vor Justinian Einheit der Handlung nur für Testamente nöthig war. Denn sie sagt im Eingang: cum antiquitas *testamenta* fieri voluerit nullo actu interveniente et hujusmodi verborum compositio non rite interpretata pene in perniciem et *testantium* et *testamentorum* processerit etc., bezieht mithin für das frühere Recht die Einheit der Handlung blos auf Testamente. Erst in dem Folgenden, im Verlauf der eigenen Anordnung Justinian's werden Kodizille neben Testamente (sancimus, in tempore etc.) gestellt. Unausgemacht kann es hiebei bleiben, ob durch diese Anordnung zuerst die Einheit der Handlung auf Kodizille bezogen wurde, oder ob C. de codicill., VI. 36. l. 8. §. 3 schon in dem ersten Coder die Fassung hatte, welche sie rücksichtlich der Einheit der Handlung in dem auf uns gekommenen Codex repetitae praelectionis darbietet. Zu vergl. indessen unten Note 6.

5) Diese Erklärung versteht sich so sehr von selbst, daß ihretwegen eine besondere Vorschrift völlig überflüssig erscheint. Will man eine solche Erklärung eine rogatio nennen, so ist nichts dagegen einzuwenden; allein dieß ist nicht die rogatio, welche bei Testamenten erfordert wird.

6) C. de testam., VI. 23. l. 28. §. 1. . . . . sancimus, si quis sua manu testamentum vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit, sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur neque ab eo neque pro eo ab alio . . . et sic testamentum validum et codicillus, si quinque testium litterae testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneant etc. Der Sinn dieses Gesetzes ist so klar, der Schluß e contrario so entschieden, daß es, um die Nothwendigkeit einer Unterschrift des Erblassers auch für Kodizille aus demselben zu folgern, als völlig unnöthig erscheint, die unbegründete Voraussetzung zu Hülfe zu nehmen, es haben

die Kodizille vermöge der Gleichheit ihrer Förmlichkeiten mit denen eines Testaments schon vor diesem Gesetze der Unterschrift des Erblassers bedurft. Zugleich möchten die Worte: si quinque testium litterae testatoris scripturae coadunentur darauf hinweisen, daß C. de codicill., VI. 36. l. 8. §. 3 schon in dem ersten Codex die Fassung hatte, die wir jetzt vor uns haben. Zu vergl. oben Note 4 am Ende. — Der Ausspruch des Textes wird weiter klar bestätigt durch C. de lat. lib. toll., VII. 6. l. 1. §. 1.

7) Der Schluß von Testamenten auf Kodizille, von dem Wichtigern auf das minder Wichtige ist um so mehr gerechtfertigt, als Kodizille sogar durch Zeichen errichtet werden können. Zu vergl. oben §. 16 zu Note 3.

8) Vermöge dessen, was für Testamente Rechtens ist. Zu vergl. die vorhergehende Note.

9) C. de codicill., VI. 36 l. 8. §. 3 . . . . . testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.

10) Denn das Gesetz fordert sie nicht. Die Ansicht hingegen, welche als Regel festhält, daß die Kodizille an die Form der Testamente gebunden seien, vermag es in der That nicht zu rechtfertigen, wenn sie für Kodizille keine Besiegelung verlangt. Denn die oben angeführten Worte Justinian's erwähnen nur der Besiegelung nicht, schließen sie aber, für sich allein genommen, noch nicht als überflüssig aus. Zudem wäre man auf gleiche Weise und aus dem gleichen Grunde berechtigt, alle in der l. 8. §. 3. C. cit. nicht geforderten Förmlichkeiten für überflüssig zu erklären.

11) Es liegt dieß ganz in der Natur der Sache, wenn die Zeugen dem Vortrag des Erblassers mit Aufmerksamkeit folgen sollen. Aber eine rogatio im eigentlichen Sinn ist hierin noch keineswegs enthalten.

12) Hiefür spricht nicht nur, was die mündliche Errichtung betrifft, dasjenige was bei Testamenten gilt, sondern auch, die mündliche wie die Errichtung durch Zeichen anbelangend, die Natur der Sache. Ohne eine, den Zeugen verständliche Sprache oder ohne deutliche Zeichen können diese über den Inhalt des Kodizills lediglich keine Aussage machen. — Zu vergl. übrigens C. de lat. lib. toll., VII. 6. l. 1. §. 2. — Eine vorhergehende Erklärung, daß man mündlich codicilliren wolle, ist überflüssig.

13) Zweifel an diesen Grundsätzen könnten erregen J. de codic., II. 25. §. 3 und D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 6. §. 1—2. Allein wenn die Institutionen, welche die Nothwendigkeit von 5 Zeugen selbst anerkennen (de fideic. her., II. 23. §. 12), sagen: nullam solemnitatem ordinationis desiderant, so kann man darunter mit Theophilus (ad h. l.) die Ordnung in der Schrift verstehen (ταξιν επι τη τουτων γραφη), oder könnte man die solemnitas ordinationis auch gleichbedeutend nehmen mit verborum solemnitas. Man darf nur nicht gleich daran denken, daß hier ein Gegensatz gegen Testamente ausgedrückt werden solle, als ob die letztern einen ordo scripturae (wie dieß Theophilus l. c. anzunehmen scheint), oder eine

verborum solemnitas erheischten. Die Annahme von Theophilus erklärt sich vielleicht daraus, daß der ältere Schriftsteller, von welchem die Stelle etwa herrühren mag, wirklich einen solchen Gegensatz hervorhob. Für das Justinianische Recht ist derselbe jedenfalls nicht vorhanden. — Was die Pandektenstelle anbelangt, so muß, wenn man *signari* für unterzeichnen nimmt, ihre Aufnahme einem Versehen oder der Absicht, auch früheres Recht mitzutheilen, also einem geschichtlichen Grunde zugeschrieben werden. Versteht man unter signari hingegen ein Siegeln, und hiezu könnte man durch den daneben gestellten Ausdruck *scribi* und namentlich durch die in §. 2 vorkommenden Worte: *signatos* et *subscriptos* mit gutem Grunde veranlaßt sein, so bietet die Stelle lediglich nichts dar, was dem Justinianischen Rechte widerspräche. Auffallend bleibt es immerhin, daß Marcian, zu dessen Zeit Kodizille gar keiner Förmlichkeit bedurften, gerade die Nothwendigkeit des scribi (mit eigener Hand) und das signari läugnet — wie man auch das letztere auffassen mag.

14) Indem die RO. von 1512 Tit. II. §. 2 Kodizille und Testamente auf dem Gau zusammenfassend am Schlusse sagt: „auf meist fünf Zeugen", so hat sie eben beide blos in Betreff der Zahl zusammengefaßt, und es ist unbegründet, hierin eine Gleichstellung der Testamente und Kodizille zu finden. Außerdem müßte man folgerichtig behaupten, daß auch die übrigen formellen Erfordernisse eines testamentum ruri conditum bei Kodizillen gelten.

15) Eine für ein Testament ausreichende Form genügt gewiß auch für ein Kodizill.

16) Die Ansicht, welche für Kodizille eines Blinden nur fünf Zeugen und einen Notar oder sechsten Zeugen fordert, läßt sich mit dem Gesetze nicht vereinigen, zu vergl. C. qui test. fac. poss., VI. 22. l. 8. Zwar die Worte: quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa, et in summa quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda würden wohl noch im Sinne dieser Ansicht gedeutet werden können. Aber freilich dürfte es sich kaum genügend rechtfertigen, wenn man dem Ausdruck: *in eundem modum* eine andere Deutung gibt, als man dem später in derselben Constitution gebrauchten Ausdruck: *in praedictum modum* geben könnte. Der letztere muß ganz wörtlich aufgefaßt werden: in der vorhin beschriebenen Weise; während der erstere, um ihn mit der angeführten Ansicht in Einklang zu bringen, blos auf eine bei Kodizillen zu beobachtende ähnliche Weise zu beziehen wäre. Der idem modus wäre in der Wirklichkeit kein idem, sondern ein, in analoger Weise den kodizillarischen Förmlichkeiten angepaßter zunächst für Testamente vorgeschriebener modus. Entschieden entgegen steht der Umstand, daß über schriftliche Testamente und Kodizille gleichmäßig verordnet und für beide in Einem Satze die Bestimmung getroffen wird: patebit eis licentia voluntatem suam, *sive in testamenti sive in*

codicilli tenore compositam, cui velint scribendam credere etc. Den weiter in diesem Satze gebrauchten, unbestimmten Ausdruck: testibus könnte man allerdings versucht sein, verschieden zu bestimmen, je nachdem es sich von einem Testament oder von einem Kodizill handelt. Allein eine solche Auslegung wird durch die unmittelbar folgende Anordnung widerlegt, welche von dem Fall redet, wo kein Notar zu haben sei. Eine Anordnung, die um so wichtiger ist, als sie allgemein für mündliche wie schriftliche letztwillige Verfügungen eines Blinden gemacht wird, und überdieß Testamente und Kodizille gar nicht unterscheidet. Nun diese Anordnung nennt einmal die statt des Notars weiter zuzuziehende Person wiederholt *octavum* testem, setzt also voraus, daß bei jedem letzten Willen, er sei Testament oder Kodizill, sieben Zeugen thätig sind. Sodann enthält gerade sie den oben schon erörterten Ausdruck: in praedictum modum, indem sie ganz allgemein Testamente und Kodizille lediglich nicht sondernd sagt: libera potestate concedenda voluntates suas *in praedictum modum* ordinantibus, chartulam ita subscriptam ita denique consignatam, ut *antelatae formae declarant* etc. Die im Text ausgesprochene und hier vom Standpunkte des römischen Rechts aus vertheidigte Meinung findet noch eine besondere Stütze in der NO. von 1512, indem dieselbe, nachdem Tit. II. §. 9—10 die Form eines Blindentestaments festgesetzt haben, im §. 11 also fortfährt: „es ist auch nicht allein in einem Testamente eines Blinden, sondern auch in seinen Kodizillen, und andern seinen letzten Willen, noth solche Form zu halten". Der Sinn dieser Stelle ist klar. Es geht dahin, daß die in den vorhergehenden Paragrafen für Testamente festgesetzte Form auch für Kodizille nothwendig sei. Jede andere Auffassung würde der Stelle offenbar Gewalt anthun. — Ueber Kodizille von Taubstummen und Stummen wird später bei der Lehre von den Personen gehandelt werden.

17) Der Behauptung, welche der Text aufstellt, scheint geradezu folgender Umstand entgegen zu stehen. Vor Justinian konnten Erben wie Singularsuccessoren Zeugen sein bei der Errichtung eines Testaments, obgleich die Zuziehung des Erben selbst abgerathen wurde (Caj. II. 108. C. Theod. de testam., IV. 4. l. 3. §. 3). Von selbst verstund es sich, daß später, nachdem Kodizille die Theilnahme von Zeugen erforderten, Legatare und Fideicommissare bei dem Kodizill als Zeugen thäthig sein konnten, in welchem sie bedacht waren. Dieß geht aus einer Constitution Zeno's hervor (C. de testam., VI. 23. l. 22), deren Schlußsatz allgemein von jeder letztwilligen Verfügung (ad efficiendam voluntatem adhibitis vergl. mit den Eingangsworten vel aliam quamlibet ultimam voluntatem) redet. Justinian dagegen hat die Fähigkeit des Erben, Zeuge bei der Testamentserrichtung zu sein, aufgehoben, die der Legatare und Fideicommissare namentlich beibehalten (J. de testam. ordin., II. 10. §. 10 und 11), ohne der Kodizille zu gedenken. So könnte es scheinen, daß nach Justi-

nianischem Rechte Legatare und Fideicommissare Zeugen sein dürfen bei Kodizillen, weil ihre Fähigkeit hiezu von Justinian nicht aufgehoben und ihre Fähigkeit zum Zeugniß bei Testamenten sogar ausdrücklich anerkannt worden ist. Dessen ungeachtet verhält sich die Sache anders. Was Justinian für die Erben bei Testamenten anordnete, das muß analog für Legatare und Fideicommissare bei Kodizillen gelten. Dorten ist die Erbeseinsetzung das Wesentliche, die Hauptsache; daher können Legatare und Fideicommissare wohl als Zeugen auftreten. Sie erscheinen bei der Hauptsache unbetheiligt, wie die Institutionen das ausdrücken: *quia non juris successores sunt*. Hier, bei Kodizillen, erscheinen Legate und Fideicommisse als hauptsächlicher Inhalt, und folglich diejenigen, welche damit bedacht sind, als w e s e n t l i c h betheiligt. Da muß denn für die in Kodizillen mit Vermächtnissen Bedachten analog gelten was für die eingesetzten Erben bei Testamenten gilt. Wie Justinian in Betreff der Erben sagt: totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi (J. l. c., §. 10), so kann und muß man in Betreff der in Kodizillen Bedachten sagen: totum hoc negotium, quod agitur codicillorum ordinandorum gratia, inter legatarium fideicommissariumve et testatorem agitur. Und wie er hinsichtlich der Testamente (J. l. c.) erklärt: nec heredi . . . nec aliis personis, quae ei, ut dictum est, conjunctae sunt, licentiam concedimus, *sibi quodammodo testimonia praestare*, so müssen wir auch den durch Kodizille Bedachten die Befähigung absprechen, sibi quodammodo testimonia praestare. Zwar ist es möglich, daß von mehrern Vermächtnißnehmern nur der eine oder andere bei der Errichtung von Kodizillen als Zeuge thätig ist, so daß die Kodizille auch ohne die Vermächtnisse der Zeugen ihres hauptsächlichen Inhalts nicht ermangeln, folglich möchte man glauben, jene Zeugen seien nicht als w e s e n t l i c h betheiligt anzusehen. Indessen kann das Gleiche bei mehrern Testamentserben eintreten. Auch hier würde es nicht an dem caput testamenti fehlen, indem ja die Einsetzung der Erben, welche keine Zeugen sind, den Theil der Erben, welche Zeugen waren, nach sich zöge. Dennoch gilt hier der Grundsatz, auch der Erbe, der nur zum kleinsten Theile eingesetzt ist, kann bei dem Testamente nicht Zeuge sein, und das Testament ist ungültig, wenn außer ihm nicht die nöthige Zahl von Zeugen vorhanden ist. Warum soll für Kodizille nicht derselbe Grundsatz gelten? Läugnen läßt sich freilich nicht, daß zu der Bestimmung Justinian's über die Unfähigkeit des Erben geschichtliche Erinnerungen (totum negotium, quod agitur . . . . *creditur hodie inter heredem et testatorem agi* etc. ad *imitationem pristini familiae emtoris* merito nec heredi, qui *imaginem vetustissimi familiae emtoris* obtinet etc.) mitgewirkt haben, die eine Beziehung auf Kodizille nicht zulassen. Aber es läßt sich eben so wenig läugnen, daß jene geschichtlichen Erinnerungen nur eine untergeordnete Rolle spielen; wie denn auch Justinian seine Verfügung namentlich im

Gegensatz zu der Ansicht des frühern Rechts getroffen hat (J. l. c. . . . . licet enim totum jus — suadebant). Der Hauptgedanke Justinian's ist vielmehr dieser: der Erbe sei bei dem Testamente wesentlich betheiligt, deßhalb solle er bei dessen Errichtung nicht Zeuge sein. Derselbe Gedanke trifft nun ebenfalls bei Kodizillen zu in Betreff der Legatarien und Fideicommissarien, und muß daher auch hier seinen Einfluß äußern. Nach diesem allem ist das bis zur Justinianischen Zeit geltende Recht, was die Erben und ihre Befähigung zu einem Testamentszeugniß anbelangt, als ausdrücklich, was hingegen die Vermächtnißnehmer und deren Befähigung bei Errichtung von Kodizillen Zeugen zu sein anbelangt, vermöge Analogie als abgeändert zu betrachten. Daher kann uns die Aufnahme der oben angeführten Stelle aus dem Codex (de testam., VI. 23. l. 22), die mehr denn ein halbes Jahrhundert älter ist, als die Institutionen, lediglich nicht beirren. Haben einmal die letztern ihrem Geiste nach das frühere Recht hinsichtlich der Kodizille aufgehoben, so muß diese Stelle eben als ein nicht mehr zu beachtendes Ueberbleibsel einer frühern Zeit angesehen werden, das aus Versehen oder auch absichtlich als Spur des ältern Rechts einen Platz in dem Codex gefunden hat.

18) Die Unzulässigkeit einer Stellvertretung folgt schon aus der Einheit der Handlung, da diese wesentlich voraussetzt, daß der Erblasser und die Zeugen zugleich gegenwärtig seien, sodann aber namentlich aus der Analogie der Testamente. Die letztere entscheidet auch da, wo keine Zeugen vorkommen.

---

§. 19.

Verschiedene Arten der Kodizille.

Zu allen Zeiten [1]) konnten und auch nach dem neuesten römischen Rechte können Kodizille errichtet werden, ohne daß der Erblasser ein Testament macht (codicilli ab intestato [2]). Sie können aber auch neben einem Testamente vorhanden sein [3]) (ad testamentum facti [4]), und sind dann in demselben bestätigt (codicilli confirmati [5]) oder nicht bestätigt (codicilli non confirmati [6]). Die testamentlich bestätigten Kodizille kann der Erblasser entweder für die Vergangenheit (in praeteritum) oder für die Zukunft (in futurum) bestätigt haben [7]).

I. Von den Intestatkodizillen.

Die Intestatkodizille setzen, um als solche wirksam zu werden, die Intestaterbfolge voraus [8]). Sie beruhen wesentlich auf dem Gedanken: wer kein Testament macht, der erklärt eben dadurch seinen letzten Willen dahin, daß die gesetzlich gerufenen Erben seine Nachfolger werden sollen [9]). Durch ein Kodizill, das er errichtet, ergänzt er diesen seinen letzten Willen [10]). Das Kodizill dient ihm statt Testaments, dessen er nicht bedarf [11]). Es ist daher:

a) ein Intestatkodizill zunächst dasjenige, welches ein Erblasser errichtet, der die Absicht hat ohne Testament zu versterben [12]). Eine solche Absicht wird vorausgesetzt, wenn der Erblasser zur Zeit der Errichtung kein Testament hat [13]), er hätte denn die entgegengesetzte geradezu ausgesprochen [14]).

b) Auch in dem Fall liegt ein Intestatkodizill vor, wenn der Erblasser, welcher ein Testament errichtet hatte, das von Anfang an ungültig oder später ungültig geworden war, mit dem Bewußtsein dieser Ungültigkeit zur Errichtung eines Kodizills geschritten ist [15]).

c) Selbst alsdann ist ein Intestatkodizill vorhanden, wenn der Erblasser ein Kodizill neben einem Testamente [16]) errichtet, aber ausdrücklich bestimmt [17]), daß es unter Voraussetzung der Intestaterbfolge wirksam werden solle, und nun diese Voraussetzung eintritt [18]). Es kann sogar der Erblasser, welcher ein Kodizill neben einem Testamente macht, beide Möglichkeiten, die der testamentlichen und die der gesetzlichen Erbfolge in's Aug fassen [19]), und wird die letztere zur Wirklichkeit, so ist das Kodizill als ein Intestatkodizill zu betrachten.

1) Die im Texte vorangestellte geschichtliche Bemerkung bedarf einer Rechtfertigung der Meinung gegenüber, welche die testamentlich bestätigten Kodizille als diejenigen ansieht, die zuerst zur Rechtsgültigkeit gelangten, während die nicht bestätigten und namentlich die Intestatkodizille erst später rechtsgültig geworden seien. Die Gründe für diese Meinung sind indessen unhaltbar. Sie beruft sich erstlich darauf, daß das Kodizill des Lentulus ein in futurum bestätigtes Kodizill gewesen sei. Allein daraus, daß dieses Kodizill für Augustus die Veranlassung geworden ist, seine Autorität in die Wagschale zu legen, und dadurch die Rechtsgültigkeit der Kodizille allmählig herbeizuführen (J. de codic., II. 25 pr.), folgt noch keineswegs, daß diese Rechtsgültigkeit zunächst auf testamentlich bestätigte Kodizille beschränkt geblieben sei. Es folgt dieß um so weniger daraus, als man, würde das Kodizill des Lentulus streng als Norm für die vorerst rechtsgültig gewordenen Kodizille festgehalten, die in praeteritum bestätigten Kodizille hievon ausschließen müßte; denn das Kodizill des Lentulus war in futurum bestätigt worden. Hiezu kommt aber noch, daß dieses Kodizill durchaus nicht die einzige Veranlassung für Augustus gewesen ist (J. de fideic. hered., II. 23. §. 1. . . . Postea primus divus Augustus, *semel iterumque gratia personarum* motus etc. Zu vergl. Schrader ad h. l.), mithin auf dasselbe auch jenes Gewicht gar nicht gelegt werden darf. Zweitens führt sie für sich an einen Brief des jüngern Plinius (Plin. Ep. II. 16. ed. Bip.). Allerdings geht aus diesem Briefe hervor, daß das Kodizill eines gewissen Acilianus für ungültig zu halten war, weil es derselbe in seinem Testament nicht bestätigt hatte. Allein der Brief läßt uns völlig ungewiß, sowohl über die Art der Verschaffung, die in dem Kodizill angeordnet war, als über das Kodizill selbst. Denken wir uns nun, daß die Verschaffung ein legatum gewesen sei, welches in jener Zeit wie noch lange nachher nur in einem bestätigten Kodizill gültig verliehen werden konnte, oder denken wir uns, jenes Kodizill sei vor dem Testamente errichtet worden, welches nach dem Rechte im Zeitalter Trajans einer Bestätigung bedurfte, um neben dem Testamente zu gelten, so mußte das Kodizill als ein unbestätigtes auch ungültig sein, ohne daß wir zur Erklärung der Ungültigkeit zu der Annahme genöthigt wären, es sei damals überhaupt noch jedes unbestätigte Kodizill ungültig gewesen. Wohl lautet die Stelle des Briefs allgemein (Tu quidem . . . admones me, codicillos Aciliani ... pro non scriptis habendos, quia non sint confirmati testamento. quod jus ne mihi quidem ignotum est, cum sit iis etiam notum, qui nihil aliud sciunt.... Licet ergo non sint confirmati testamento, a me tamen ut confirmati observabuntur etc.); aber das heißt doch nur soviel, die Stelle sage im Allgemeinen, das Acilianische Kodizill sei weil unbestätigt deßhalb auch ungültig, ohne einen besondern Grund anzugeben. Dieß berechtigt uns jedoch nicht, ihr den Satz zu unterstellen, unbestätigte Kodizille seien überhaupt und an sich ungültig. Ebensogut dürfen wir einen andern, besondern

Grund voraussetzen. Plinius schrieb an einen Freund, der mit der ganzen Sachlage bekannt war und ihn, den Plinius auf die Ungültigkeit aufmerksam gemacht hatte. Diesem Freunde gegenüber wäre es doch in der That höchst überflüssig gewesen, einen Grund der Ungültigkeit besonders hervorzuheben. Die Behauptung des Textes begründet sich durch folgende Erwägungen. Cajus und Julian kennen unbestätigte wie Intestatkodizille als gültige letztwillige Erklärungen, und sie sprechen hiervon gar nicht wie von etwas Neuem (Caj. II. 270. 270ª. — D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 3). Somit werden wir schon in das Zeitalter der Antonine und Hadrian's versetzt, für welches wir die unbestätigten und die Intestatkodizille als gültig anerkennen müssen. Wie sehr übrigens diese Kodizille namentlich die letztern in dem Zeitalter Hadrians feststanden, sehen wir auch daraus. Das Sctum Pegasianum unter Hadrian bezog sich wie das Sctum Trebellianum zunächst auf fideicommissariae hereditates neben testamentlicher Erbfolge. Beide wollten durch ihre Anordnungen verhüten, daß Testamente und mit ihnen die Fideicommisse ungültig würden, indem die eingesetzten Erben die Erbschaft ausschlagen (D. ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 1. §. 2. . . . sed his, et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset: quo magis in reliquum *confirmentur supremae defunctorum voluntates*. — Caj. II. 254). Ob nun die Bestimmungen dieser Senatsbeschlüsse und namentlich des Sctum Pegasianum auch auf Intestatfideicommisse anzuwenden seien, das war im Zeitalter Hadrian's noch zweifelhaft (D. eod., l. 6. §. 1. Meminisse autem oportebit, de herede instituto Senatum loqui, ideoque *tractatum est apud Julianum*, an intestato locum habeat etc.), und scheint erst von Antoninus Pius bestimmt entschieden worden zu sein (D. ad leg. Falcid., XXXV. 2. l. 18). Standen aber in der Zeit Hadrians Intestatfideicommisse und mithin auch Intestatkodizille so fest, daß jene Frage aufgeworfen werden konnte, so werden wir schwerlich irren, wenn wir annehmen, daß die Rechtsgültigkeit solcher Kodizille nicht erst in dieser Zeit entstanden ist. Und so sehen wir uns weiter hinauf, in eine frühere Zeit, jedenfalls also in die Zeit von Trajan und Plinius gewiesen, in welcher wir jene Rechtsgültigkeit schon als vorhanden annehmen dürfen. In der That haben wir jedoch kein Bedenken zu tragen, die Rechtsgültigkeit aller Kodizille, der bestätigten wie der unbestätigten und der Intestatkodizille als gleichzeitig entstanden vorauszusetzen. Es spricht dafür zunächst der Umstand. Auf den ersten Anblick könnte es scheinen, als sei das Kodizill des Lentulus überhaupt das erste gewesen. Denn die Institutionen (de codic., II. 25 pr.) erzählen: Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit (zu vergl. Theoph. ad h. l.). Dennoch wissen wir, daß es vorher schon Fideicommisse gab (zu vergl. oben §. 1. zu Note 2 u. 3), und jene Stelle der Institutionen kann daher nur den Sinn haben, vor Augustus seien Ko-

dizille als ein mit Rechtskraft ausgestatteter letzter Wille (codicillorum jus) nicht bekannt gewesen, sondern Lentulus habe zuerst neben andern (zu vergl. oben) dem Kaiser Augustus die Veranlassung gegeben, sich der Sache anzunehmen, und so gleichsam den Anfang gebildet für das Institut der Fideicommisse und Kodizille als Rechtsinstitut. Daß dieß wirklich der richtige Sinn sei, bestätigt sich auch aus dem, was die Institutionen selbst (l. c.) weiter erzählen. Augustus soll nämlich Rechtsgelehrte darüber befragt haben, an posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset. Es müssen also schon damals die Kodizille ziemlich häufig vorgekommen sein, sonst hätte doch wohl von einem *usus* codicillorum nicht gesprochen werden können. Denn hier ist die Rede nicht von einem usus juris, wie im Eingange (codicillorum jus in usu non fuisse), sondern von einer Thatsache, dem usus codicillorum, einer herrschenden Sitte. Offenbar berieth sich August darüber, ob diese Sitte zu billigen sei, und eine Unterstützung von seiner Seite verdiene. Wenn nun unter jenen Rechtsgelehrten Trebatius der Ansicht war, utilissimum et necessarium hoc civibus esse, propter magnas et longas peregrinationes . . . ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset, so geht dieser Grund weit über die bestätigten Kodizille hinaus. Er spricht namentlich eben so stark, wo nicht noch stärker für Intestatkodizille. Freilich konnte ein Römer, bevor er auf eine Reise ging, schnell noch ein Testament machen, und Kodizille in futurum bestätigen. Aber wie oft mochte er daran verhindert sein, wie oft vielleicht im Gedanken an eine baldige Rückkehr, im Vertrauen auf Gesundheit und längeres Leben es nicht für nöthig gehalten haben. War es unter diesen Umständen nicht wünschenswerth, wenn er auf seiner Reise je nach seiner Lage wenigstens Kodizille zu errichten im Stande war? Nehmen wir beides zusammen, die bereits im Leben herrschende Sitte der Kodizille, die wir gar keinen Grund haben auf bestätigte zu beschränken, und die vorzüglich auch auf Intestatkodizille passende Erwägung des Trebatius; so müssen wir es im hohen Grade für wahrscheinlich halten, daß sich die Rechtskraft der Kodizille von Anfang an auf Kodizille jeder Art und besonders auch auf Intestatkodizille erstreckt habe. — Hiezu kommen aber noch weitere Erwägungen. Wir haben oben gesehen: schon zu Cicero's Zeit fanden Fideicommisse überhaupt so sehr eine Unterstützung in der Sitte, daß sie in der Regel ohne besondern Grund nicht unerfüllt blieben (§. 1 zu Note 2 und 3). Mit allem Rechte kann daher Schrader (ad J. de fideic. hered., II. 23. §. 1) sagen: Augustus in hac causa parum innovasse videtur. Da ist es denn doch im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß Augustus in seinen einzelnen Verfügungen, und die Doctrin und Praxis, welche sich unmittelbar an diese Verfügungen anschloß, die eigentliche Rechtskraft der Fideicommisse auf diejenigen beschränkt haben sollten, welche in Testamenten oder testamentlich bestätigten Kodizillen angeordnet worden waren. — Es

ist ferner bereits früher bemerkt, daß jene Sitte selbst den mündlich angeordneten Fideicommissen zur Seite stand, und aufmerksam darauf gemacht worden, daß die Institutionen (l. c.) ganz allgemein von Fideicommissen reden (§. 16. Note 4). Sie führen die eigentliche rechtliche Kraft der Fideicommisse überhaupt, also aller und jeder Fideicommisse auf Augustus zurück. Wie könnte man unter diesen Umständen die rechtliche Kraft, welche den Kodizillen durch Augustus zu Theil wurde, auf die bestätigten Kodizille beschränken? Das hieße, der Darstellung der Institutionen zuwider, einen Theil der Fideicommisse von der Rechtskraft ausnehmen, die Augustus für sie herbeiführte. Denn in unbestätigten und in Intestatkodizillen konnten früher, auch zu der Zeit, für welche ihre rechtliche Wirksamkeit gar keinem Bedenken unterliegt, nur fideicommissarische Anordnungen getroffen werden. Behaupten mithin, diese Kodizille hätten Anfangs keine rechtliche Wirksamkeit gehabt, heißt geradezu behaupten, ein Theil der Fideicommisse habe Anfangs und etwa gar noch länger nach Augustus der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt. — Endlich darf auch nicht übersehen werden, daß die Institutionen in den beiden Stellen, in welchen sie die Art und Weise besprechen, wie Fideicommisse (J. l. c.) und wie Kodizille (J. de codic., II. 25 pr.) zu eigentlich rechtlicher Bedeutung gelangten, im Grunde und im Wesentlichen nur denselben Gegenstand behandeln. Denn Fideicommisse bildeten den hauptsächlichen, theilweise den ausschließlichen Inhalt der Kodizille, und zwischen jenen und diesen fand ein so inniger Zusammenhang statt, daß er selbst den Sprachgebrauch der classischen Juristen bestimmte und sich in demselben klar abspiegelt. Wer ein früheres Testament in einem spätern fideicommissarisch bestätigt, mithin die frühern civilen testamentlichen Anordnungen in fideicommissarische verwandelt, von dem sagt man, er habe jenes frühere Testament zu einem Kodizill gemacht, oder wie Ulpian sich ausdrückt: in causam *fideicommissi et codicillorum* vim prioris testamenti convertisse, D. de test. milit., XXIX. 1. l. 19 pr. Zu vergl. D. de inj. rupt. irr. test., XXVIII. 3. l. 12. §. 1. — Ferner, Papinian und Ulpian halten es für nöthig, den Zweifel zu beseitigen, ob nicht ein ungültiges oder unvollendetes Testament insoweit wie ein Kodizill zu behandeln sei, als es fideicommissarische Anordnungen enthalte, D. de vulg. et pup. subst., XXVIII. 6. l. 41. §. 3. — de legat. III. l. 11. §. 1. — Ein Zweifel, der sich gar nicht erklären ließe, wenn nicht Fideicommiß und Kodizill so wesentlich zusammengehört hätten, daß man bei dem Namen Kodizill von selbst an eine fideicommissarische Anordnung dachte, und daher leicht die Meinung entstehen konnte, es sei ein als Testament ungültiger letzter Wille, so weit er fideicommissarische Anordnungen getroffen habe, als Kodizill bei Kraft zu erhalten. So dürfen wir uns denn auch nicht wundern, wenn fideicommittere und codicillos facere gewissermassen als gleichbedeutend gebraucht werden, D. de legat. III. l. 1. §. 4—5. . . . . deportatos . . . . . nec *testamenti faciendi* jus nec *fideicommittendi*

constat habere. Si quis plane in insulam deportatus *codicillos* ibi fecerit et, indulgentia Imperatoris restitutus, iisdem *codicillis* durantibus decesserit, potest defendi *fideicommissum* valere, si modo in eadem voluntate duravit. Die beiden oben bezeichneten Stellen der Institutionen behandeln also einen und denselben Gegenstand, nur von verschiedenen Seiten. Die eine beschäftigt sich mit den Fideicommissen d. h. mit dem Stoffe, dem Inhalt, die andere mit den Kodizillen d. h. mit der Form, der Weise der Anordnung. Spricht nun jene von Fideicommissen überhaupt und in solcher Allgemeinheit, daß wir selbst mündlich errichtete Fideicommisse nicht ausnehmen dürfen, so sind wir noch viel weniger berechtigt, die letztere blos von bestätigten Kodizillen zu verstehen. Wir haben umgekehrt allen Grund, das, was sie von der durch Augustus bewirkten Rechtskraft der Kodizille erzählt, auf alle und jede Kodizille zu beziehen.

2) J. de codic., II. 25. §. 1. — D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 16.

3) d. h. nicht gerade erst errichtet werden, nachdem schon ein Testament vorliegt.

4) D. de transact., II. 15. l. 8. §. 2. — de his quae ut ind., XXXIV. 9. l. 5. §. 14.

5) Oder codicilli testamento confirmati, Caj. II. 273. — D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 6. §. ult. — de leg. I, l. 31. — de ann. legat., XXXIII. 1. l. 18 pr.

6) Oder testamento non confirmati, Caj. II. 273. — D. de jur. cod., XXIX. 7. l. 3. §. 2. Der Ausdruck codicilli non confirmati bezieht sich nur auf testamentliche Kodizille. Intestatkodizille sind freilich auch unbestätigte, aber man bezeichnet sie nicht als solche, weil der Gegensatz der Bestätigung bei ihnen nicht gedenkbar ist, D. de manum. testam., XL. 4. l. 43.

7) D. de V. S., L. 16. l. 123. — de jure cod., XXIX. 7. l. 8 pr. Die letztere Stelle ist kein Muster der Darstellung und durch ihre Kürze ziemlich dunkel. Sie lautet: conficiuntur codicilli quatuor modis: aut enim in futurum confirmantur aut in praeteritum, aut per fideicommissum testamento facto, aut sine testamento. Sollen die quatuor modi herauskommen, so müssen wir jedenfalls annehmen, daß Paulus hier die in futurum und die in praeteritum bestätigten Kodizille als zwei Arten aufführt. Welches ist aber die dritte Art? Ergänzt man die Worte: aut per fideicommissum testamento facto durch confirmantur, so hätten wir hier eine gleiche Ausdrucksweise, wie in D. de legat. II., l. 37. §. 2. . . . deinde codicillos per fideicommissum confirmavit. Die dritte Art würden demnach wiederum bestätigte Kodizille sein, aber fideicommissarisch, d. h. durch fideicommissarische Anordnung bestätigte. Somit hätte Paulus, der doch offenbar die Absicht hatte, die verschiedenen Arten der Kodizille aufzuzählen, die testamentlichen unbestätigten Kodizille ganz übergangen, und überdieß wären die Endworte (aut sine testamento) von dem Eingangsworte: *conficiuntur*, wodurch sie einzig ergänzt werden, durch einen allzugroßen

Zwischensatz getrennt. Daher ist es wohl natürlich, gewiß auch sprachlich mehr gerechtfertigt, wenn wir nicht blos den letzten sondern auch den vorletzten Satz durch *conficiuntur* ergänzen, und die Stelle mit folgender Interpunktion lesen: aut (conficiuntur) per fideicommissum, testamento facto aut sine testamento, so daß das Komma nach fideicommissum gesetzt und das Nachfolgende ohne Zwischenzeichen verbunden wird. Der Sinn wäre der: oder die Kodizille werden errichtet mit Anordnung von Fideicommissen (per fideicommissum), d. h. in einer Weise, die nur eine solche Anordnung zuläßt, sei es neben einem Testament (testamento facto), indem sie in demselben nicht bestätigt werden, sei es überhaupt ohne ein Testament. Bei dieser Auffassung erhält die Stelle auch innerlich mehr Abrundung. Paulus zerlegt die quatuor modi in zwei Hauptarten, in die auch den Legaten zugänglichen d. h. in die bestätigten Kodizille, die dann bald in futurum bald in praeteritum bestätigt sind, und in die nur fideicommissarischen Kodizille, welche wiederum testamentliche sein können, aber unbestätigte oder Intestatkodizille.

8) Sie sind mithin weder mit testamentlicher Erbfolge, noch mit Erblosigkeit vereinbar. Wenn kein Erbe eintritt, sondern der Concurs über den Nachlaß ausbricht, so kann von der Wirksamkeit hinterlassener Kodizille keine Rede sein. — D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 16. . . . . . Quicunque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli; *nam unus casus est* (d. h. es ist immer derselbe Fall, dieselbe Voraussetzung, nämlich die der Intestaterbfolge), nec interest, quis succedit, *dum intestato succedat* etc. — de fideic. libert., XL. 5. l. 2.

9) D. eod., l. 8. §. 1. . . . . quoniam creditur paterfamilias *sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.* l. 3 pr. Der Sinn dieser Stelle ist offenbar der: wenn Jemand ohne ein Testament zu errichten eine Kodizill macht, und darin verfügt: *quisquis mihi heres erit bonorumve possessor, ejus fidei committo*, so ist diese Verfügung vollkommen wirksam. Denn ein solcher Erblasser ist so zu behandeln, wie wenn er Alle, die civil- oder prätorisch-rechtlich ihn beerben möchten, zu seinen Erben gemacht hätte.

10) Daher ist es auch für Intestatkodizille wahr: sie sind eine Ergänzung eines letzten Willens, freilich nicht eines Testaments, aber allerdings eines letzten Willens. Zu vergl. oben §. 16 zu Note 19 und 20.

11) D. eod., l. 16 . . . . intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent. Die Kodizille eines Intestatus bedürfen außer der, auf seinem stillschweigend erklärten Willen beruhenden Intestaterbfolge keiner anderweitigen Stütze (nihil desiderant), namentlich keines Testaments. Sie dienen vielmehr selbst statt Testament (vicem testamenti exhibent), und ergänzen die Intestaterbfolge oder den auf sie stillschweigend gerichteten letzten Willen des Erblassers.

12) J. de fideic. hered., II. 23. §. 10. Praeterea *intestatus quo-*

que moriturus etc. — de codic., II. 25. §. 1. . . . sed et *intestatus quis decedens* etc.

13) D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 3 pr.

14) In diesem Fall kommt das Kodizill nur zu Kraft, wenn die testamentliche Erbfolge eintritt, also wenn der Erblasser nach dem Kodizill noch ein Testament macht.

15) C. de codic., VI. 36. l. 1. — Hätte der Erblasser jene Ungültigkeit nicht gekannt, so müßte man annehmen, wenn er sich nicht ausdrücklich anders erklärt hätte, er habe bei seinem Kodizill die testamentliche Erbfolge vorausgesetzt. Zu vergl. §. 20 zu Note 5.

16) Nach oder vor der Errichtung eines Testaments, sofern er im letzten Fall mit dem Gedanken an ein Testament umgeht, aber das Kodizill nur dann wirksam wissen will, wenn etwa das Testament irgendwie als kraftlos sich darstellete.

17) Ohne eine solche ausdrückliche Bestimmung würde das Kodizill nur als testamentliches gelten können.

18) D. si quis om. caus. t., XXIX. 4. l. 6 pr. . . . . fratrem suum *scripsit heredem* et codicillos fecit *ab intestato*, petitque a fratre, ut *si legitima* hereditas ad eum pertinuerit, fideicommissa praestaret quibusdam etc. — Zu vergl. D. de legat. II. l. 81.

19) D. de legat. III. l. 9. Si ita fuerit fideicommissum relictum, *ad quemcunque ex testamento meo vel ab intestato,* vel ita *ad quemcunque quoquo jure bona mea perveniant* etc. Vorausgesetzt (zu vergl. §. 25. Note 3), daß hier ein Kodizill ins Aug gefaßt ist, beweist die Stelle unmittelbar, wären die unterstrichenen Worte im Testament selbst gestanden, so würden sie per consequentiam beweisen.

---

§. 20.

II. Von testamentlichen Kodizillen.

Die testamentlichen Kodizille setzen wesentlich eine testamentliche Erbfolge voraus, und kommen ohne dieselbe nicht zur Wirksamkeit [1]), mögen sie nun bestätigt oder nicht bestätigt sein [2]). Es ist daher:

a) ein jedes Kodizill für ein testamentliches zu halten, welches nach Errichtung eines Testaments gemacht worden ist, indem man hier annimmt, der Erblasser sei dabei von der einstigen testamentlichen Erbfolge ausgegangen [3]), er hätte denn ausdrück-

lich erklärt, daß er den Fall der Intestaterbfolge im Auge habe [4]). Selbst wenn das früher errichtete Testament von Anfang an nichtig oder in der Folge bereits ungültig geworden war, gelten die Kodizille als testamentliche, sofern der Erblasser jene Ungültigkeit zur Zeit, wo er das Kodizill machte, nicht gekannt hätte [5]).

b) Als testamentliches muß ferner das Kodizill angesehen werden, welches zunächst ohne Testament, aber namentlich im Hinblick auf eine künftige testamentliche Erbfolge errichtet worden ist [6]), wo es denn, tritt diese Voraussetzung nicht ein, natürlich nicht als Intestatkodizill zu Kraft kommt [7]). Ist jedoch bei einem ohne Testament errichteten Kodizill auf eine künftige testamentliche Erbfolge kein Bezug genommen worden, so kann ein solches Kodizill neben dem Testament nicht bestehen. Hat es indessen der Erblasser in dem Testamente nicht widerrufen [8]), so nahm man nach früherm Rechte schon an, der Erblasser habe dabei verbleiben wollen [9]). Das Intestatkodizill verwandelte sich in ein testamentliches. Dieser Grundsatz ist auch in das Justinianische Recht übergegangen [10]), in welchem er übrigens kaum gerechtfertigt werden kann [11]). Ganz anders muß der Fall beurtheilt werden, wenn ein testamentliches Kodizill ungültig ist oder wird, weil das Testament, auf das es sich bezog, schon zur Zeit seiner Errichtung ungültig war [12]) oder später ungültig wurde, und nun der Erblasser ein neues Testament errichtet, ohne das frühere Kodizill namentlich darin zu bestätigen [13]). Hier lebt dieses Kodizill nicht von selbst wieder auf [14]).

Die testamentlichen Kodizille können in dem Testamente, zu welchem sie gehören, bestätigt sein [15]). Mit welchen Worten dieß geschieht, mit bestimmt gebietenden, oder mit solchen Worten, welche früher als fideicommissarisch anordnende galten [16]), das

wäre nach dem vorconstantinischen Rechte nicht gleichgültig gewesen[17]), ist es aber durchaus nach dem spätern[18]) und namentlich nach dem Justinianischen Rechte[19]). Denn es ist hier zwischen Vermächtnissen[20]), directen Freilassungen[21]) und der Bestellung eines tutor[22]) lediglich kein Unterschied. Nur der Wille des Erblassers könnte von Bedeutung sein, sofern nämlich aus der Art und Weise der Bestätigung hervorginge, der Erblasser wolle seine codizillarischen Anordnungen nur als fideicommissarische im eigentlichen Sinne angesehen wissen. — Auch darauf kommt jedenfalls[23]) nach Justinianischem Rechte nichts an, an welcher Stelle des Testaments ein Kodizill bestätigt wird, namentlich ob dieß vor oder nach der Erbeseinsetzung geschieht[24]).

1) D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 16 in f. testamento autem facto jus sequuntur ejus.

2) D. eod., l. 3. §. 2.

3) J. de codic., II. 25. §. 1. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere etc. vergl. mit D. l. c. Testamento facto, etiam si codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient etc.

4) Oben §. 19 zu Note 16—18.

5) Zu vergl. oben §. 19. Note 15.

6) Denn außerdem muß es als Intestatkodizill behandelt werden, zu vergl. oben §. 19. Note 13.

7) Oben 19. Note 14.

8) Er kann es möglicher Weise schon vorher widerrufen haben. Allein dieser Fall gehört zunächst nicht hierher.

9) Jedoch müssen wir für die frühere Zeit unterscheiden das Recht vor dem Rescript von Severus und Antoninus (J. de codic., II. 25. §. 1) und das Recht wie es durch dieses Rescript festgestellt wurde. a) Jenes ist enthalten in einer Stelle aus Papinian's Responsa, D. de jure codic., XXIX. 7. l. 5. Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocunque judicio retineatur etc. Papinian geht offenbar davon aus, das Kodizill werde ungültig mit der nachfolgenden Errichtung eines Testaments. Sein Gedankengang ist wohl folgender. Ein vor Errichtung eines Testaments gemachtes Kodizill setze der Regel nach die Intestaterbfolge voraus (oben §. 19. Note 13), könne daher unmöglich bestehen, wenn der Erblasser selbst jene Voraussetzung durch

Errichtung eines Testaments aufhebt. Er widerruft dadurch das Kodizill, indem er ihm seine Grundlage, die Intestaterbfolge entziehe. Soll das Kodizill doch gelten, so müsse es auf's Neue als testamentliches Kodizill zu Kraft gelangen. Dieß konnte nun nach dem Rechte zur Zeit Papinian's auf verschiedene Weise geschehen, und Papinian selbst gibt uns hierüber Aufschluß in der angeführten Stelle. Wenn der Erblasser in dem Testamente, das er errichtet, oder in einem spätern Kodizill das früher gemachte Kodizill bestätigt (si testamento . . vel codicillis confirmentur), oder sonst irgendwie erklärt, daß er dabei verbleiben wolle (aut voluntas eorum quocunque judicio retineatur), so wird dasselbe, aber nun freilich als testamentliches Kodizill wieder wirksam. — Hiegegen anzunehmen, daß Papinian nur bei einer Bestätigung in dem Testamente das Kodizill wieder gültig werden ließ, und demgemäß die angeführte Stelle für interpolirt zu halten, dazu bietet weder die Fassung der Stelle noch das Recht zur Zeit Papinians irgend einen genügenden Grund. Zu dieser Zeit waren Kodizille lediglich an keine Form gebunden. Es läßt sich demnach nicht absehen, warum das früher errichtete Kodizill gerade in dem Testamente bestätigt sein mußte. Jede, selbst eine völlig formlose Erklärung, daß das Kodizill auch jetzt, wo die testamentliche Erbfolge in Aussicht genommen werde, gelten solle, mußte genügen, um es in ein gültiges testamentliches Kodizill zu verwandeln. Ebensowenig wird die Annahme einer Interpolation durch die Institutionen (l. c.) gerechtfertigt. Diese stellen die Meinung Papinian's kurz so dar: Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Nun die specialis voluntas ist doch wohl nichts anderes, als eine besondere, eine ausdrückliche Willenserklärung. Das Kodizill muß speciell, d. h. namentlich und also ausdrücklich bestätigt werden, um gültig zu sein. Die namentliche Bestätigung läßt sich aber als eine dreifache denken, wie sie gerade in der Pandektenstelle hervorgehoben und als Meinung Papinian's dargestellt wird. Diese dreifache Möglichkeit ist daher durch den allgemeinen und unbestimmten Ausdruck *specialis voluntas* offen gelassen. Umgekehrt hätten sich die Institutionen sehr ungeschickt ausgedrückt, wenn sie Papinian die Meinung zuschreiben wollten, daß nur durch eine Bestätigung in dem spätern Testamente das frühere Kodizill aufrecht erhalten werden könne. Einzig Theophilus bildet für die hier bestrittene Ansicht über die Meinung Papinian's und die Interpolation der Digestenstelle eine allerdings nicht unwichtige Stütze, indem nach seiner Darstellung (ad J. h. l.) Papinian wirklich blos einer namentlichen Bestätigung in dem spätern Testamente die Kraft beilegte das frühere Kodizill aufrecht zu erhalten; und ich gestehe, daß ich keine Auskunft weiß, die mir genügte. Daß Theophilus den Papinian mißverstanden, läßt sich kaum voraussetzen. Zur Noth freilich könnte man sich damit helfen, Theophilus habe eben die Bestätigung im Testament hervorgehoben, weil diese wohl in der Regel erfolgt sein werde, wenn der Erblasser sein Kodizill

beizubehalten beabsichtigte, aber die übrigen Arten der Bestätigung sollten dadurch nicht ausgeschlossen werden. Doch auch nur zur Noth. Nichts desto weniger muß ich im Sinne des zur Zeit Papinian's geltenden Rechts den Inhalt der Pandektenstelle, wie sie uns vorliegt, welchen die Institutionen nicht widersprechen, für die ächte Ansicht Papinian's halten. b) In dem frühern Rechte, wie es an der Hand von D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 5 bisher dargestellt worden ist, hat ein Rescript von Severus und Antoninus eine wesentliche Aenderung bewirkt. Zwar wenn wir nur auf die Worte des Rescripts sehen, so würde dasselbe mit Papinian's Ausspruch recht gut zu vereinigen sein. Das Rescript läßt nämlich ein früheres Kodizill fortwährend gelten, si appareat, eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat, non recessisse (J. de codic., II. 25. §. 1). Da fragt es sich denn, wann erhellet es, wann darf man annehmen, der Erblasser habe sein Kodizill nicht widerrufen wollen? Man könnte denken, weil, wie oben (sub a) ausgeführt worden ist, nach dem Rechte bis zu dem Rescripte ein Kodizill durch die Errichtung eines Testaments an sich widerrufen werde, so wolle auch das Rescript die Absicht nicht zu widerrufen nur daraus erkennen, daß der Erblasser sein Kodizill ausdrücklich bestätigt. Von diesem Standpunkte aus würden wir weiter, weil zur Zeit des Rescripts wie vorher Kodizille keiner Form bedurften, wiederum zu der dreifachen Weise der Bestätigung kommen, welche Papinian nach unserer Pandektenstelle gefordert hatte. Allein dieser Auffassung des Rescripts steht der Zusammenhang in den Institutionen entgegen. Dürfte man freilich in dem Ausdruck: sed divi Severus et Antoninus rescripserunt etwas ändern und ein et oder etiam nach sed einschalten, so würde das Rescript als kaiserliche Anerkennung der Papinianischen Ansicht erscheinen. Doch diese Einschaltung, obgleich nicht ganz ohne Unterstützung (Schrader, ad J. h. l.), scheint doch nicht gerechtfertigt zu sein und hat jedenfalls die Autorität von Theophilus (ad h. l.) gegen sich. So müssen wir eben anerkennen, nach der Anführung der Institutionen bildet das Rescript einen Gegensatz gegen das frühere Recht. Es hat dieses Recht in gewissem Betrachte umgestaltet, d. h. gemildert. Demnach kann der Sinn des Rescripts nur der sein: wenn aus dem Testamente erhellet (si appareat scil. ex testamento), daß der Erblasser von seinem Willen nicht abgegangen sei, so bleibe das Kodizill bei Kraft, mit andern Worten, wenn der Erblasser das Kodizill in seinem Testamente nicht widerrufen habe, so behalte dasselbe seine Gültigkeit. Die Kaiser wollen hier eine Vermuthung aufstellen. Statt der Voraussetzung, das Kodizill sei durch das nachfolgende Testament widerrufen, so daß es, soll es fürder als testamentliches gelten, einer ausdrücklichen Bestätigung bedarf, stellen sie die entgegengesetzte auf, der Erblasser wolle das Kodizill beibehalten, sobald er dasselbe nicht ausdrücklich widerrufe. Diesen Sinn verbindet auch Theophilus mit dem Rescripte, wenn er sagt, die Verfügungen in dem Kodizill

können geltend gemacht werden auch ohne Bestätigung (και μη γενομενης κονφιρματιωνος), sofern nicht der Beweis geliefert werde, der Erblasser sei von seinen kodizillarischen Anordnungen zurückgetreten. Ohne diesen Beweis bleibt mithin das Kodizill bestehen (Theoph. ad J. l. c.). Uebrigens hat der Standpunkt des kaiserlichen Rescripts nach dieser Auffassung nicht weniger für sich als der Standpunkt des frühern Rechts. Denn man darf nicht vergessen, daß auch zur Zeit der Kaiser Severus und Antoninus und noch lange nachher Kodizille ohne alle Form durch den einfachen Willen des Erblassers, also auch durch einen vermutheten Willen zu Stande kommen konnten. — Hält man die hier vertheidigte Erklärung des Rescripts fest, so beseitigt sich von selbst die ohnehin nicht zu rechtfertigende Behauptung, daß die (oben sub a) erörterte Pandektenstelle von Papinian nach jenem Rescript und mit Rücksicht auf dasselbe verfaßt worden sei. —

10) Die mehrmals angeführte Institutionenstelle kann ihrer ganzen Haltung nach gar nicht anders gedeutet werden, als daß sie geltendes Recht darstellen soll, während die Aufnahme der betreffenden Pandektenstelle nur den Zweck haben konnte, die in den Institutionen kurz angegebene Ansicht Papinian's ausführlicher mitzutheilen.

11) Im Justinianischen Rechte bedürfen alle Kodizille, die nicht in praeteritum bestätigt sind (unten §. 22 zu Note 9 ff.), einer bestimmten Form der Errichtung. Hier jedoch soll ein Kodizill, das als Intestatkodizill seine Kraft verloren hat, durch den blos vermutheten also durch den einfachen Willen des Erblassers in ein testamentliches verwandelt, also gleichsam neu errichtet werden. Dieß läßt sich nur insofern rechtfertigen, als man davon ausgeht, indem der Erblasser das Kodizill in seinem Testamente nicht widerrufe und somit, der Vermuthung gemäß, für dessen fortwährende Geltung sich erkläre; so falle diese Erklärung gerade mit der Errichtung des Testaments zusammen, er gebe sie bei der Errichtung des Testaments ab. Daher sei die Sache so anzusehen, wie wenn er das Kodizill in seinem Testamente bestätiget hätte. Doch kann ich in dieser Rechtfertigung nur einen Nothbehelf erkennen.

12) Ohne daß der Erblasser die Ungültigkeit gekannt hätte. Zu vergl. §. 19. Note 15 und oben zu Note 5.

13) Hier ist oder wird das frühere Kodizill mit seinem Testamente ungültig, sollte die Kraft des letztern auch erst durch das spätere Testament gebrochen worden sein.

14) Denn Rechtsvermuthungen, wie das kaiserliche Rescript eine aufstellt, dürfen als ein jus singulare nicht nach Analogie ausgedehnt werden. Zudem ist der hier vorliegende Fall von dem, in dem Rescripte vorausgesetzten wesentlich verschieden. Denn das Rescript unterstellt einen Fall, bei welchem man immerhin noch zweifeln kann, ob der Erblasser, der das frühere Kodizill nicht widerruft, dasselbe nicht auch in die neu beliebte testamentliche Erbfolge herüber nehmen wollte. Hier hingegen handelt es

sich von einem Kodizill, das zur Zeit der Errichtung des spätern Testaments entschieden schon ungültig war, oder doch, wenn das frühere Testament erst durch das spätere rumpirt wird, von einem Kodizill, welches als Accessorium des frühern Testaments mit diesem entschieden seine Gültigkeit verlieren mußte.

15) Oben §. 19 zu Note 5. —

16) D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 18. — de legat. III. l. 37. §. 2.

17) Indem die Anordnungen eines so bestätigten Kodizills nur als fideicommissarische zur Wirksamkeit gelangen, arg. D. de inj. rupt. irr. test., XXVIII. 3. l. 12. §. 1.

18) Dürfte man annehmen, daß C. qui admitt. ad bon. poss., VI. 9. l. ult. — de testam., VI. 23. l. 15 und C. de legat., VI. 37. l. 21 ursprünglich zusammen gehörten (zu vergl. oben §. 6. Note 2 ff.), so müßte es in der That höchst auffallen, wenn nicht auch für die directe Freilassung wie für die Anordnung einer tutela in dieser einen constitutio dieselbe Bestimmung gemacht worden wäre, die sie nach jener Annahme für Erbeseinsetzungen, für Legate und für das Gesuch um bonorum possessio gemacht hätte. Lassen wir jedoch jene Annahme ganz bei Seite, so mußte doch die Analogie dessen, was für Erbeseinsetzungen und Legate galt, auch für Freilassung und Aufstellung eines tutor gelten. Wenn Erbeseinsetzungen und Legate keiner verba imperativa mehr bedurften, so können doch wohl directe Freilassungen und Ernennungen eines tutor nicht daran gebunden gewesen sein. Eine Bestätigung dieser Ansicht dürfte etwa darin liegen. Wir werden wohl schwerlich irren, wenn wir annehmen, die Möglichkeit, Fideicommisse in einer andern als der lateinischen Sprache anzuordnen (Ulp. fragm. XXV. 9. — D. de legat. III. l. 11 pr.), habe damit zusammengehangen, daß dieselben keiner verba civilia bedurften. Denn verba imperativa sind nichts anderes als Ausdrücke in der Sprachweise einer lex, also verba civilia (Ulp. fragm. XXIV. 1. vergl. mit XXV. 1). Trotzdem verstand sich mit der Aufhebung der Nothwendigkeit der verba civilia die Zulässigkeit der griechischen Sprache noch nicht von selbst. Vielmehr ist erst ein Jahrhundert, nachdem Erbeseinsetzungen und Legate der verba civilia entbunden waren (C. de testam., VI. 23. l. 15. — de legat., VI. 37. l. 21), der Gebrauch der griechischen Sprache gestattet worden (Nov. Theod., tit. XVI. 1. §. 8. — ed. Haenel. — Zu vergl. C. de testam., VI. 23. l. 21. §. 4). Um so sicherer darf man von der Statthaftigkeit dieses Gebrauchs zurückschließen darauf, daß keine verba civilia nothwendig seien. Nun hat die eben angeführte Theodosianische Novelle auch für die directe Freilassung und die Ernennung eines tutor die griechische Sprache gestattet (zu vergl. C. de testam. tut., V. 28. l. ult. — de testam. manum., VII. 2. l. 14). Folglich dürfen wir wohl voraussetzen, daß zur Zeit dieser Constitutio auch für sie keine verba civilia mehr nöthig waren.

19) Die Behauptung im Texte stützt sich zunächst auf C. de testam.,

VI. 23. l. 15, und zwar vermöge einer solchen analogen Ausdehnung, daß ich auch ohne die l. 21. C. de legat. und ohne die von Justinian bewirkte Gleichstellung der Legate und Fideicommisse kein Bedenken tragen würde, mich zu der Ansicht zu bekennen, daß legata keiner verba civilia oder imperativa mehr bedürfen. Der Eingang der Stelle (quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam etc.) hebt ein Motiv hervor, das offenbar viel weiter greift, als die unmittelbar daran geknüpfte Bestimmung. Eine inanis observatio soll fürder nicht die Veranlassung sein, daß Testamente (tabulae) und letztwillige Verfügungen (judicia mortuorum) ungültig werden. Dieß paßt auf Legate, directe Freilassungen und Ernennungen von tutores ebensogut wie auf Erbeseinsetzungen, und gewiß würde sich Niemand wundern, wenn wir nach diesem Motiv alle diese Arten letztwilliger Verfügungen in einer Bestimmung zusammengefaßt fänden. — Wie der Eingang, so zeigt auch der Schlußsatz eine allgemeinere Richtung. Die Worte: Et in postremis ergo judiciis ordinandis amota erit solennium verborum necessitas, ut qui facultates proprias cupiunt ordinare etc. lassen weit eher eine auf alle Arten letztwilliger Verordnungen gerichtete als eine blos auf die Erbeseinsetzung zunächst beschränkte Verfügung vermuthen. Wenn nun doch blos die Erbeseinsetzung in der Stelle genannt ist, so haben wir gewiß allen Grund, das von ihr Bestimmte auf andere letztwillige Anordnungen auszudehnen. Es dürfte schwerlich ein Gesetz geben, dessen Geist eine analoge Ausdehnung im höhern Grade rechtfertigte. Ohnehin liegt es in der Natur der Sache, daß formelle Erleichterungen der Erbeseinsetzung, des caput testamenti, auch andern letztwilligen Verfügungen zu Gute kommen. Außer der Analogie von C. de testam., VI. 23. l. 15 wird aber die Behauptung im Text für die einzelnen möglichen kodizillarischen Verfügungen noch besonders bestätigt, wie die folgenden Noten zeigen werden.

20) Für Vermächtnisse entscheidet theils C. de legat., VI. 37. l. 21 (zu vergl. oben §. 6) theils die durch Justinian bewirkte Gleichstellung der Legate und Fideicommisse (oben §. 7).

21) Daß für direkte Freilassungen nach Justinianischem Rechte keine verba imperativa nöthig waren, sondern jede Art des Ausdrucks genügte, wenn nur nicht die Absicht des Erblassers vorlag eine fideicommissaria libertas zu gewähren, dieß möchte man schon deßhalb annehmen dürfen, weil die directe Freilassung auch in griechischer Sprache geschehen kann (C. de testam. manum., VII. 2. l. 14). Es geht aber noch mehr und ganz entschieden hervor aus der Erklärung der Institutionen, de sing. reb. p. fideic. rel., II. 24. §. 2. . . . . directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult. Es ist wohl unverkennbar, daß es nach

dieser Stelle nicht mehr auf die gebrauchten Worte, auf verba imperativa oder precativa (volo, cupio etc.), sondern lediglich auf die Absicht des Erblassers ankommt. Will derselbe, daß der Sklave unmittelbar aus seinem Testamente, nicht erst durch Freilassung von Seiten eines andern z. B. des Erben die Freiheit erlange, so ist es directa libertas, die er gibt. Will hingegen der Erblasser, daß der Sklave, um frei zu werden, erst von einem Erben, oder Vermächtnißnehmer freigelassen werde, so gewährt er eine fideicommissaria libertas. Und dieß bestätigt sich durch Theophilus ad J. qui testam. tut. dari poss., I. 14. §. 1. Nachdem er nämlich hier beispielsweise Formeln für directe letztwillige Anordnungen gegeben hat, fügt er in Beziehung auf fideicommissarische Freilassung hinzu καταλιμπανομεν δε και ἑτεροις ῥημασι . . . . . . ἐλευθεριαν οὑτως καταλιμπανομεν, ***rogo te, heres, ut servum illum meum manumittas*** . . . . και λεγεται αὑτη δοσις φιδεικομμισσαριας ἐλευθεριας etc. — Endlich geht aus der in der nachfolgenden Note anzuführenden Stelle mit Sicherheit hervor, daß verba precativa nicht minder als verba imperativa zu einer directa libertas führten.

22) Was dem Text a) zunächst entgegen steht, das ist D. de confirm. tut., XXVI. 3. l. 1. §. 1 wornach noch eine obrigkeitliche Bestätigung nöthig ist, wenn der Tutor etwa so ernannt wird: ***precor te curam habere rerum.*** Allein was hindert uns, für das Justinianische Recht nicht auf das ***precor*** sondern auf das ***curam*** habere ***rerum*** das Gewicht zu legen? Denn daß diese Art, die tutela zu übertragen, nicht geeignet sei, ist klar. Man darf nur an den auch für das Justinianische Recht gültigen Satz denken: tutor personae datur (J. qui testam. tut. dari poss., I. 14. §. 4). Für die Zeit Modestins mag allerdings das ***precor*** ebenfalls mitgewirkt haben, weßhalb dieser Rechtsgelehrte noch eine obrigkeitliche Bestellung für nöthig erachtete. Aber das ***curam*** habere ***rerum*** war wohl gewiß auch nicht ohne Einfluß. Nun steht uns lediglich nichts im Wege, für das Justinianische Recht blos dieses ***curam*** habere ***rerum*** als Grund für die Nothwendigkeit einer obrigkeitlichen Betheiligung anzusehen. Die Stelle konnte daher ohne allen Anstand unverändert aufgenommen werden. Uebrigens würde auch abgesehen hievon, und selbst wenn der betreffende Ausspruch zu dem Justinianischen Rechte gar nicht paßte, eine einzige Stelle wohl nicht in Betracht kommen, sobald nur sonst Gründe für die Behauptung vorhanden sind, daß es für die Ernennung eines tutor ohne Einfluß sei, ob sich der Erblasser verba imperativa oder precativa bediene. Jene Stelle könnte dann um so weniger in Betracht kommen, als es sich bei ihr nur um einen kleinen Satz in ihrer Mitte handelt, der bei der Aufnahme gar leicht zu übersehen war. Weiter b) ließe sich dem Texte entgegen halten, daß in dem Pandektentitel de testamentaria tutela die Formeln ***tutor esto, tutorem do,*** welche in den Fragmenten der älteren Juristen vorkommen, unverändert aufgenommen worden sind. Auch hier jedoch war keine Ursache zu einer Aenderung vorhanden, da diese Art der

Ernennung in dem Justinianischen Rechte eben so wirksam ist, wie in frühern Zeiten. Aus der unveränderten Aufnahme jener Formeln aber den Schluß ziehen, daß nur eine solche Ernennung genüge, wie sie in ihnen gerade beispielsweise ausgedrückt ist, das wäre gewiß völlig ungerechtfertigt. Auch würden wir in der That viel zu weit gehen, wollten wir von den Verfassern der Pandekten verlangen, sie hätten eine Aenderung machen sollen, damit wir keine unrichtigen Folgerungen ziehen. — Für die Ansicht des Textes spricht jedenfalls einmal der Umstand, daß die Ernennung eines tutor in griechischer Sprache geschehen kann (C. de testam. tut., V. 28. l. ult. — Zu vergl. oben Note 18), sodann C. de verb. et rer. signif., VI. 38. l. 4. Im Eingang werden verschiedene mögliche letztwillige Anordnungen nebeneinander gestellt und hiezu theils imperativa theils precativa verba gebraucht (cum quidam sic vel institutionem, vel legatum, vel fideicommissum, vel libertatem vel tutelam scripsisset: *ille aut ille mihi heres esto*, vel: *illi aut illi do lego*, vel *dari volo*, vel: *illum aut illum liberum* aut *tutorem esse volo* vel *jubeo*), ohne die geringste Andeutung, als ob zwischen verba imperativa und precativa irgend ein Unterschied Statt fände. Die Entscheidung Justinian's ist ebenfalls ganz allgemein. Wenn auf die vorhin bezeichnete Weise eine der genannten letztwilligen Anordnungen getroffen worden sei: ambo veniant aequa lance ad hereditatem, ambo legata similiter accipiant, fideicommissum in utrumque dividatur, libertas utrumque capiat, tutoris ambo fungantur officio, ut sic nemo defraudetur a commodo testatoris et major providentia pupillis inferatur . . . ne dum dubitatur, apud quem debeat esse tutela, in medio res pupillorum depereant. Hier ist doch wohl klar, daß verba precativa bei der Freiheit wie bei der tutela die gleiche Wirkung mit verba imperativa haben.

23) Ob es nicht schon nach dem frühern Rechte eben so war, kann hier unerörtert bleiben.

24) Indem nach den Bestimmungen des Justinianischen Rechts Vermächtnisse, Freilassungen, Bestellung von Tutoren vor wie nach der Erbeseinsetzung gültig angeordnet werden können, J. qui testam. tutor., I. 14. §. 3. — de legat., II. 20. §. 34.

---

§. 21.

Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Kodizille.

Die Intestatkodizille und die unbestätigten testamentlichen haben das mit einander gemein, daß römischrechtlich gewisse letztwillige Anordnungen in denselben nicht getroffen werden konnten

und können, sondern testamentlich bestätigte Kodizille voraussetzten und voraussetzen. Sehen wir ab von der Freilassung, welche mit der Unfreiheit aus unserm Rechte verschwunden ist, so konnten nach dem vorjustinianischen Rechte Legate nur in testamentlichen und zwar bestätigten Kodizillen angeordnet werden [1]). Dieß ist freilich im Justinianischen Rechte anders, nachdem Justinian Legate und Fideicommisse gleichgestellt hat, folglich die einen wie die andern in Kodizillen jeder Art verschafft werden können. Wohl aber muß auch nach Justinianischem Rechte die Ernennung eines tutor in testamentlich bestätigten Kodizillen erfolgen [2]), wenn sie ohne obrigkeitliches Zuthun wirksam sein soll [3]).

Während indessen die Intestatkodizille, ob sie gleich die Intestaterbfolge voraussetzen [4]), eine Art selbstständiger letztwilliger Erklärungen darstellen [5]), bilden testamentliche Kodizille, seien sie bestätigt oder nicht bestätigt, eine Zugabe, ein Anhängsel zu Testamenten [6]). Sie haben insofern Aehnlichkeit mit der Pupillarsubstitution [7]). Es zeigt sich dieß hauptsächlich darin, daß testamentliche Kodizille mit dem Testamente stehen und fallen. Es wird dieß theils ganz allgemein für testamentliche Kodizille ausgesprochen [8]), theils für nicht bestätigte noch besonders hervorgehoben [9]), theils durch Anwendung auf einzelne Fälle bekräftigt [10]). Doch bedarf dieser Grundsatz noch einer nähern Bestimmung.

Er tritt nämlich erstlich dann nicht ein, wenn die von Anfang an vorhandene oder die später erfolgende Unwirksamkeit eines Testaments nur die Erbeseinsetzungen, nicht aber die Nebenverfügungen wie Legate, Fideicommisse ɔc. ergreift. Denn da diese Nebenverfügungen den Hauptinhalt eines Kodizills ausmachen, so kann das letztere unmöglich mit dem Testamente

fallen; sein ganzer Inhalt würde ja nach unserer Voraussetzung selbst dann bei Kraft bleiben, wenn er unmittelbar zum Inhalt des Testaments und nicht abgesondert zum Gegenstand einer kodizillarischen Verfügung gemacht worden wäre. Werden solche Nebenverfügungen nur theilweise aufrecht erhalten, theilweise hingegen in die Wirkungslosigkeit eines Testaments hinein gezogen, so muß dasselbe gleichmäßig in dem nämlichen Verhältniß und in der nämlichen Beziehung von Kodizillen gelten, die sich neben dem Testamente vorfinden [11]). Überall zweitens, wo ein anfänglich ungültiges oder später ungültig gewordenes Testament dennoch zur Wirksamkeit gelangt, da gelangen auch die testamentlichen Kodizille dazu. Daher Kodizille, die vor der Kriegsgefangenschaft errichtet sind, gleich dem Testamente durch das postliminium [12]) und in Folge der lex Cornelia ihre alte Kraft wieder bekommen [13]). Ebenso werden Kodizille aufrecht erhalten, sobald aus den Testamenten, zu denen sie gehören, bonorum possessio secundum tabulas natürlich cum re ertheilt wird, sei es daß diese bonorum possessio an sich schon cum re ist [14]), sei es daß sie nach der Sachlage als solche sich darstellt [15]). Testamentliche Kodizille leben folglich mit dem Testamente wieder auf, wie sie mit demselben fallen [16]).

1) C. Hermogen. (ed. Haenel) tit. de don. int. vir. et ux., VII. l. 3. — Caj. II. 270. — Zu vergl. oben §. 1. Note 7.

2) D. de testam. tut., XXVI. 2. l. 3.

3) D. de confirm. tut., XXVI. 3. l. 1. §. 1. — C. de confirm. tut., V. 29. l. 2. Ob dieser Grundsatz auch deutschrechtlich noch zur Anwendung komme, oder bei uns vielmehr jede Art von Kodizill ausreiche, um einen tutor mit voller Wirksamkeit d. h. so zu bestellen, daß keine obrigkeitliche Bestätigung im eigentlichen Sinne weiter erfordert wird, ist bekanntlich bestritten. Die R.P.O. von 1577. Tit. 32. §. 1 entscheidet diese Frage durchaus nicht. Ihre Anordnung läßt sich recht gut mit dem römischen Rechte vereinigen. Auch dürfte es schwer fallen, eine von

diesem Rechte abweichende, oder eine das eben angeführte Reichsgesetz in einem entgegengesetzten Sinne auffassende Praxis nachzuweisen. Zu vergl. Pet. Müller, ad Struv. Syntagm. exercitatio XXXI. Thes. 15. 20. 29. Note γ, 35. Note ×. Lauterbach, Colleg. Theor. Pract. ad D. XXVI. tit. II. §. 6. — III. §. 3 und 7. — VII. §. 3 sequ. — de Berger, Oeconom. jur., I. 4. §. 2. Note 1. — §. 7 und 10. — Hofacker, Princip. jur. civ. Rom. Germ., I. §§. 631. 633. 649. — Glück, Pandektencomm., Bd. 29. S. 208. 276. 312 ff. —

4) Oben §. 19. Note 8 ff.

5) Oben §. 19. Note 11.

6) Oben §. 20. Note 1 und 2. D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 16. . . . . . . ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli etc. — l. 18 . . . . ad hoc testamentum pertinens etc.

7) D. testam. quemadm. ap., XXIX. 3. l. 11. Zu vergl. D. de his quae ut ind., XXXIV. 9. l. 5. §. 14.

8) D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 16. in f. testamento autem facto jus sequuntur ejus.

9) D. eod., l. 3. §. 2. Testamento facto, etiam si codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient etc.

10) D. eod., l. 3. §. 2. l. 14 pr. c. f., da, was in dieser Stelle von dem Fall gesagt ist, wo der institutus ex asse einen substitutus hat, gewiß und noch vielmehr alsdann gelten muß, wenn durch den Tod der eingesetzten Erben das ganze Testament schon zur Zeit des Kodizills ungültig geworden war. — C. de codic., VI. 36. l. 1.

11) Welche Testamente in der Art ungültig sind oder werden, daß blos die Erbeseinsetzungen ihre Kraft verlieren, die andern Anordnungen aber ganz oder zum Theil bei Kraft bleiben, dieß zu erörtern gehört nicht hierher, sondern in die Lehre vom Erbrecht (zu vergl. mein Erbrecht §. 31. Note 7. — §. 33. Note 11. — §. 90. Note 6 und 7. — §. 98 und 104). In gewissem Betrachte jedoch werde ich später darauf zurückkommen.

12) D. de captiv., XLIX. 15. l. 12. §. 5. Wenn diese Stelle, unter Voraussetzung des postliminium selbst die Kodizille zu Kraft gelangen läßt, die während der Kriegsgefangenschaft gemacht worden sind, so müssen noch vielmehr die Kodizille mit dem Testamente wieder aufleben, welche wie das letztere noch vor der Kriegsgefangenschaft waren errichtet worden.

13) Wenn freilich die Kodizille während der Kriegsgefangenschaft errichtet wurden, so können sie der Natur der Sache nach in Folge der lex Cornelia unmöglich zu Kraft kommen, da diese fingirt, der Erblasser sei im Augenblick der Gefangennehmung gestorben. Auf einen solchen Fall bezieht sich D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 7 pr.

14) D. eod., l. 8. §. 3. in f. nam etsi postumus natus ruperit testamentum et decesserit (wie sich von selbst versteht, vor dem Erblasser),

nihilominus codicilli valent, vergl. mit D. de inj. rupt. irr. test., XXVIII. 3. l. 12 pr.

15) D. eod. . . . . Idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sunt, securi. Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit. Was da gilt, wo die bonorum poss. sec. tabulas an sich cum re ist, das soll auch da gelten, wo sie es nur nach der zufälligen Sachlage ist, indem der nächste Civilerbe und der nächste bonorum possessor in derselben Person zusammentreffen. Wenn nun in diesem Falle Legate und Fideicommisse aufrecht erhalten werden (legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sunt, securi), so folgt von selbst, daß auch Kodizille, in denen sie etwa angeordnet sein möchten, wieder zu Kraft gelangen und wirksam sind.

16) Es ist hierin zugleich der Grund angedeutet, weßhalb das Wiederaufleben der Kodizille mit dem Testamente nicht auf die bestätigten beschränkt werden darf. Sieht man auf die oben (Note 12 und 14) angeführten Stellen, so sprechen diese nur von bestätigten Kodizillen. Allein abgesehen davon, daß wenigstens eine der Stellen, die in Note 15 besonders hervorgehobene ganz **allgemein** der Legatarien und Fideikommissarien gedenkt, und Fideikommissarien konnten ja auch in unbestätigten Kodizillen vorkommen, wie nach Justinianischem Rechte selbst Legate darin errichtet werden können; so muß von dem Wiederaufleben Dasselbe gelten, was von dem Kraftloswerden gilt. Unbestätigte Kodizille sind und werden wirkungslos mit dem Testamente, wie bestätigte, weil beide als ein Nebentheil desselben erscheinen, beide jus sequuntur ejus (D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 16). Mithin müssen sie auch mit dem Testamente wieder zu Kraft gelangen, eben weil sie jus sequuntur ejus. Zudem wird gerade von den unbestätigten Kodizillen in ihrem Verhältniß zu einem neben ihnen vorhandenen Testamente gesagt: *vires ex eo capient* (D. eod., l. 3. §. 2). Das muß nun wahr sein, nicht blos sofern sie fallen, sondern auch sofern sie mit ihm wieder aufleben. Denn hier kann man ganz besonders sagen: vires ex eo capiunt.

---

§. 22.

Fortsetzung.

Der Zusammenhang zwischen testamentlichen Kodizillen und ihrem Testamente beschränkt sich indessen nicht auf die eben erörterte besonders wichtige Folge. Er greift viel weiter. Man kann ihn mit den Worten des römischen Rechts selbst kurz also

bezeichnen: die unbestätigten wie die bestätigten Kodizille bilden einen Theil des Testaments [1]), oder noch genauer: die in testamentlichen Kodizillen enthaltenen Anordnungen sind so zu behandeln, wie wenn sie in dem Testamente selbst getroffen worden wären [2]). In diesem Grundsatz ist nun nicht blos die bereits besprochene besonders wichtige Regel enthalten, daß die Gültigkeit aller testamentlichen Kodizille [3]) überhaupt von der Gültigkeit ihrer Testamente abhängen, mit ihr Hand in Hand gehen; er äußert seinen Einfluß auch in andern Beziehungen. So auf die Fähigkeit des Kodizillanten, ein Kodizill zu errichten, auf den Bedachten, und endlich auch hinsichtlich des Gegenstandes der Verschaffung [4]). Doch darf man ihn auch nicht zu sehr ausdehnen. Er hat mannigfache Beschränkungen. Vor allem:

a) die ganz natürliche, daß alle thatsächlichen Beziehungen und Umstände, welche für ein Kodizill im Ganzen oder für einzelne darin enthaltene Verfügungen von Bedeutung und rechtlicher Wirksamkeit sind, nach der Zeit der Errichtung des Kodizills nicht nach der des Testaments beurtheilt werden [5]). Der Einfluß dieser Beschränkung zeigt sich hinwiederum in Rücksicht der Fähigkeit, ein Kodizill zu machen, der Art und Weise der Verfügungen, des Belasteten und des Bedachten, und endlich auch hinsichtlich des Gegenstandes [6]). Sodann darf:

b) jener Grundsatz nicht dahin erweitert werden, um den gesammten Inhalt eines Testaments zu dem möglichen Inhalt eines testamentlichen Kodizills zu machen. Wie schon früher ausgeführt worden ist, kann in einem Kodizill keine Verfügung getroffen werden, die sich auf das Erbrecht selbst bezieht [7]), und setzen gewisse Anordnungen wenigstens bestätigte Kodizille voraus [8]). Endlich darf man:

c) auch nicht die Folge daraus ziehen, daß testamentliche Kodizille keiner Form bedürfen, sondern ihr Inhalt, eben weil er gleichsam als Inhalt des Testaments gelte (ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent), auch von der Form des letztern getragen werde. Vielmehr bedürfen testamentliche Kodizille, um gültig zu sein, derselben Form, wie die Intestatkodizille; und es ist hier kein Unterschied, ob die testamentlichen Kodizille bestätigt oder nicht bestätigt sind [9]. Doch gilt diese Beschränkung des Grundsatzes nicht durchgreifend, indem zwischen den zwei Arten bestätigter Kodizille zu unterscheiden ist. Sie gilt nur für die testamentlichen Kodizille, welche in futurum bestätigt werden [10], nicht aber für diejenigen, welche in praeteritum bestätigt sind. Bei den letztern wird allerdings die fehlende Form durch die nachfolgende Bestätigung ergänzt; auch wenn sie formlos errichtet worden sind, werden sie und ihre Verfügungen vermöge der testamentlichen Bekräftigung, ausgenommen eine Erbeseinsetzung und Enterbung, zu Kraft gelangen und wirksam werden [11].

1) D. eod., l. 14. . . . . nimirum autem Sabini et Cassii collectio, quam et ipsi reddunt, illa est, quod *codicilli pro parte testamenti habentur, observationemque et legem juris inde traditam servent* etc. Die Ansicht der Sabinianer wird zwar in der Stelle verworfen, aber offenbar nur in ihrer Anwendung auf den concreten Fall. Dieß zeigt die ganze Argumentation von Scävola. Daran zweifelte wohl Proculus so wenig als sein Vertheidiger Scävola, daß codicilli pro parte testamenti habentur etc., obgleich die Stelle nur den Widerspruch des Proculus gegen die Sabinianische Meinung, nicht aber dessen Begründung anführt. Zugleich zeigt aber auch diese Stelle, daß der Grundsatz, welchen die Sabinianer irrig anwendeten, ganz allgemein gilt. Der besondere Fall, welchen die Stelle beurtheilt, handelt nach den Schlußworten (ita ut ab instituto codicilli confirmarentur) allerdings von bestätigten Kodizillen. Allein die Rechtsregel, die von den Sabinianern zu dessen Beurtheilung herbeigezogen wurde, lautet ganz allgemein und hat auch keine Spur der Beschränkung

auf bestätigte Kodizille. Dieß verhält sich ebenso mit der in der folgenden Note anzuführenden Stelle.

2) D. eod., l. 2. §. 2. Codicillorum jus singulare est, ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent etc. Dieser Ausspruch ist so allgemein, daß es gewiß willkührlich wäre, ihn auf bestätigte Kodizille einzuschränken. Freilich sind die weiter angeknüpften Beispiele, da sie auf Verschaffungen einer directa libertas sich beziehen, von bestätigten Kodizillen hergenommen. Allein hierin liegt kein Grund, den an die Spitze gestellten allgemeinen Satz, der nur an einigen Beispielen als an Folgen (*ideoque*) erläutert werden soll, zu verengern und die unbestätigten Kodizille von ihm auszunehmen. — Kaum sollte man übrigens glauben, daß der Durchstrich des *non* in dem ersten Beispiel je beanstandet werden konnte, obgleich zuzugeben ist, daß der Gebrauch des Pluralis am Schlusse (directae libertates) einigen Zweifel erregen möchte.

3) Gerade diese wichtige und ganz gewiß alle testamentlichen, also auch die unbestätigten Kodizille umfassende Folge liefert wiederum den Beweis dafür, daß der allgemeine Grundsatz nicht ausschließlich auf bestätigte Kodizille berechnet ist.

4) Es werden diese Beziehungen später am betreffenden Orte weiter besprochen werden. Vorläufig verweise ich auf D. de captiv., XLIX. 15. l. 12. §. 5. — de jure codic., XXIX. 7. l. 8. §. 3 und 5. l. 2. §. 2. —

5) D. eod., l. 7. §. 1. Praeterea in illis, quae non juris, sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis scribitur, atque si, ubi confirmatio, scriptum fuisset etc.

6) Auch diese Punkte werden später am gehörigen Platze erörtert werden. Zunächst verweise ich auf D. eod., l. 2. §. 3. — l. 8. §. 4. — de test. milit., XXIX. 1. l. 17. §. 4. — qui et a quib. manum., XL. 9. l. 7 pr. — de jur. codic., XXIX. 7. l. 4. l. 7. §. 1. l. 2. §. 1. l. 14 pr.

7) Zu vergl. oben §. 16. Note 5 ff.

8) Oben §. 21. Note 1—3.

9) Die hier im Texte besprochene Frage hätte für das vorconstantinische Recht lediglich keinen Sinn. Denn vor Constantin waren alle Kodizille formlos, die testamentlichen wie die nicht testamentlichen, die bestätigten wie die nicht bestätigten. Es liegt daher auch in der Natur der Sache, daß wir in den Quellen des römischen Rechts aus dieser Zeit keine einzige Stelle aufzufinden vermögen, welche, was die Form der Errichtung betrifft, zwischen den testamentlich bestätigten und allen andern Kodizillen einen Unterschied machte oder auch nur andeutete. Wollte man denn doch zum Belege eines solchen Unterschieds auf das vorconstantinische Recht sich berufen, so könnte dieß nur insofern geschehen, als man auf den in unserm Paragrafen erörterten Grundsatz Gewicht legen würde, wornach testamentliche Kodizille eine Zugabe, einen Theil ihres Testaments bilden und ihr

Inhalt gewissermassen so betrachtet wird, wie wenn er sich schon in dem Testamente befände. Allein dieser Grundsatz bezieht sich durchaus nicht blos auf bestätigte, sondern überhaupt auf testamentliche also auch auf unbestätigte Kodizille; und im Sinne der Rechtsgelehrten, aus deren Schriften wir ihn kennen, im Sinne Julian's, Scävola's und Paulus war es gewiß nicht gelegen, ihm irgend eine Bedeutung für die Form der Errichtung zu geben, da zu ihrer Zeit alle Kodizille gleich formlos waren. Somit hängt alles davon ab, ob im spätern Rechte, nachdem die Kodizille an eine Form waren gebunden worden, ein solcher Unterschied zwischen den bestätigten und andern Kodizillen festgesetzt worden ist. Diese Frage muß jedoch entschieden verneint werden. Schon Constantin hat seine Form für alle Kodizille vorgeschrieben (oben §. 17. Note 6), und wenn man auch hierin anderer Meinung sein sollte, so müßte man doch zugestehen, daß Theodosius eine gemeinsame Form für alle Kodizille vorgeschrieben habe (oben §. 17. Note 11 und 12). Jedenfalls hat Justinian dieß gethan. Die Worte seiner Verordnung, welche er in die theodosianische hineintrug, sind so klar und bestimmt (C. de codic., VI. 36. l. 8. §. 3. *In omni autem ultima voluntate excepto testamento* etc.), daß eine entgegengesetzte Auslegung rein nicht zuläßig ist. — Indessen sind wir hiemit noch nicht über alle Bedenklichkeiten hinweg. Es ist nämlich unläugbar, daß Kodizille in der Form von Testamenten errichtet werden können. Da möchte es nun scheinen, daß die Bestätigung in einem Testamente ausreiche, um Kodizillen die nöthige formelle Kraft zu geben. Denn eine solche Bestätigung enthält ja im wesentlichen die Anordnung, daß ein früheres oder ein späteres Kodizill, daß alle Verfügungen, die in jenem bereits getroffen worden sind oder in diesem würden getroffen werden, gültig sein sollen. Wie aber diese testamentliche Anordnung als solche vermöge der rechtlichen Geltung des Testaments wirksam ist, so meint man, müsse auch das ohne alle Förmlichkeit errichtete Kodizill wirksam sein, indem es seine Kraft aus dem Testament schöpfe. Für einzelne Verfügungen wenigstens, die in einem Kodizill gemacht werden, selbst solche, die überhaupt nicht oder doch nicht in jedem Kodizill angeordnet werden können, unterliegt es keinem Zweifel, daß sie ihre Bekräftigung durch ein Testament zu erhalten vermögen. So wird eine in einem Kodizill vorgenommene Erbeseinsetzung dadurch gültig, daß sie im Voraus oder in der Folge durch eine testamentliche Anordnung namentlich bekräftigt wird, indem man eben die Einsetzung als eine testamentliche behandelt (D. de hered. inst., XXVIII. 5. l. 77. . . . . licet codicillis dari hereditas non possit, *tamen haec ex testamento data videtur* etc. — de cond. instit., XXVIII. 7. l. 10 pr. §. 1. . . . . conditionalis est haec institutio, *quae testamento data esset* . . . . valet institutio etiam in filio, qui in potestate est, cum nulla sit conditio, *quae in praeteritum confertur* etc.). So konnte ferner nach früherm Rechte sowohl eine direkte Freilassung als ein Legat in der Weise testamentlich angeordnet werden,

daß die Person des Bedachten oder auch der Gegenstand auf eine anderweite Erklärung des Erblassers, somit auch auf eine Verfügung in einem unbestätigten Kodizill ausgesetzt wurde, weil Freilassung wie Legat ihre Wurzel in dem Testamente hatten (D. de reb. dub., XXXIV. 5. l. 25. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 38. . . . licet codicillis legatum expli-cetur, *tamen ex testamento valet* etc.). Was nun im Einzelnen zu vollem Bestande Rechtens geschieht, das, dürfte man glauben, könne auch im Allgemeinen mit der gleichen Wirkung geschehen, so daß die allgemeine testamentliche Bestätigung von Codizillen den letztern und den in ihnen enthaltenen Anordnungen volle Wirksamkeit verleiht, und das Testament mit seiner Form auch das formlos errichtete Kodizill deckt. Dessen ungeachtet verhält sich die Sache anders. Es kann von der namentlichen Bestätigung einzelner kodizillarischer Verfügungen ein Schluß auf die Bestätigung im Allgemeinen wenigstens nicht ohne Beschränkung gemacht werden. Dieß zeigt ganz sicher die Erbeseinsetzung. Während die bestimmte namentliche Bestätigung einer kodizillarischen Erbeseinsetzung die letztere zu einer testamentlichen erhebt und wirksam werden läßt, kann eine allgemeine Bestätigung von Kodizillen nie bewirken, daß die in denselben enthaltenen Erbesernennungen als testamentliche zu Kraft gelangen. Denn auch von bestätigten Kodizillen gilt die Regel, es kann durch sie ein Erbrecht weder gegeben noch entzogen werden. Insbesondere ist jedoch ein solcher Schluß von einer namentlichen Bestätigung im Einzelnen auf eine Bestätigung im Allgemeinen überhaupt alsdann unzuläßig, wenn die letztere in futurum erfolgt ist. Denn hier ist der Erblasser zur Zeit der Bestätigung nicht nur noch nicht zu einzelnen bestimmten Verfügungen, sondern in der Regel noch nicht einmal zur Errichtung eines Kodizills überhaupt entschlossen. Die Bestätigung in futurum hat offenbar nur den Zweck, ein künftiges Kodizill im Voraus auf den Fall zu bestätigen, daß sich der Erblasser etwa veranlaßt sehen würde, ein solches zu errichten. Hier ist es gewiß natürlich, für die Errichtung des Kodizills die Form zu verlangen, welche das Gesetz vorschreibt, um aus ihr den sichern Willen des Kodizillanten zu erkennen. Eine testamentliche Bekräftigung einzelner bestimmter Anordnungen in spätern Kodizillen läßt sich als eine bedingte testamentliche Verfügung ansehen und behandeln (D. de cond. instut., XXVIII. 7. l. 10). Wollte man hingegen eine allgemeine Bestätigung ebenfalls in eine bedingte auflösen, so würde sie ungefähr so lauten: wenn künftig etwa Kodizille errichtet werden, so sollen sie gültig sein. Da entsteht nun sogleich die Frage, ob der Erblasser später die ernste Absicht Kodizille zu errichten, auch wirklich gehabt und ausgeführt habe. Hierauf will aber unser positives Recht die sichere Antwort gerade aus der Form der Errichtung entnehmen.

10) Zu vergl. die vorhergehende Note.

11) Während die confirmatio in futurum zur Zeit, wo sie gemacht

wird, sich auf Kodizille und kodizillarische Verfügungen bezieht, die noch ungewiß sind, und erst dann gewiß werden und mit der vorhergehenden confirmatio in Verbindung treten können, wenn sie in gehöriger Form errichtet worden sind, so hat die confirmatio in praeteritum bestimmte, bereits gemachte Kodizille und kodizillarische Anordnungen im Auge. Sind nun diese kodizillarischen Anordnungen ungültig, weil der Erblasser die Kodizille nicht in gehöriger Form errichtet hat, so steht ihm lediglich nichts im Wege, dieselben bei der nachfolgenden Testamentserrichtung im Einzelnen zu bestätigen, d. h. zu wiederholen und so in testamentliche zu verwandeln. Es ist daher nur eine Erleichterung für den Erblasser, wenn er statt der Wiederholung im Einzelnen die bereits vorhandenen Kodizille im Allgemeinen bestätigt, oder mit andern Worten, in derselben Form, wie das nachfolgende Testament, neu errichtet. Man kann in der That nicht einsehen, warum der Erblasser dieß nicht mit voller Wirksamkeit sollte thun können. Auch ist unserm positiven Rechte diese Auffassung ganz und gar nicht fremd. So gestattet es, Legate, welche von Anfang an ungültig oder später ungültig geworden waren, durch eine ziemlich allgemein gehaltene wiederholte Anordnung zu Kraft zu bringen (per repetitionem confirmare), D. de legat. I. l. 19 pr. §. 1. l. 32 pr. — de liber. leg., XXXIV. 3. l. 28. §. 1. Namentlich gehört hierher der Fall, wenn der Erblasser sein früheres Testament dadurch unwirksam macht, daß er ein neues Testament errichtet, und in dem letztern das erstere bestätigt. Hier wird das ungültig gewordene Testament vermöge der Bestätigung als Kodizill aufrecht erhalten, D. de inj. rupt. irr. test., XXVIII. 3. l. 12. §. 1. Eine gewisse Aehnlichkeit hiemit findet alsdann statt, wenn ein ungültiges oder ungültig gewordenes Testament durch ein späteres, wirksam errichtetes Kodizill bekräftigt wird. Hier werden die testamentlichen Anordnungen in Folge dieser kodizillarischen confirmatio in kodizillarische verwandelt, das Testament so zu sagen in ein Kodizill umgestaltet, D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 2. §. 4. — C. de codic., VI. 36. l. 1. — Warum soll nun, wenn wir dieß Alles erwägen, ein wegen mangelnder Form nicht gültig errichtetes Kodizill durch Bestätigung in einem spätern Testament nicht ebenfalls zu Kraft gelangen? — Nur eine Erbeseinsetzung oder eine Enterbung, die in dem ungültigen Kodizill enthalten ist, kann durch eine blos allgemeine Bestätigung des Kodizills in einem spätern Testamente nicht wirksam werden; hiezu bedürfte es einer ganz speciellen Bestätigung, D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 10. §. 1. —

---

§. 23.
Die Kodizillarklausel.

Bei der großen materiellen und formellen Verschiedenheit zwischen Testament und Kodizill ist es daher sehr erheblich, ob Jemand ein Testament oder ein Kodizill zu errichten beabsichtigte. Denn in jenem Falle ist sein letzter Wille möglicherweise wirkungslos, während er in diesem vielleicht wirksam sein kann [1]). Jene Frage muß nun durch thatsächliche Umstände entschieden werden; und hiebei kann der Inhalt der letztwilligen Erklärung selbst von großer Wichtigkeit sein [2]). Indessen ist es jedem Erblasser gestattet, seinen letzten Willen in der bezeichneten zwiefachen Absicht zu errichten; zwar nicht auf die Weise, daß derselbe als Testament und als Kodizill zugleich gelte — dieß wäre rechtlich unmöglich — wohl aber auf die, daß der letzte Wille zunächst Testament sein, jedoch auch als Kodizill gelten soll, wenn er etwa als Testament nicht wirksam sein könnte [3]). Diese gedoppelte Absicht wird übrigens nicht vermuthet [4]). Wer ein Testament macht und machen will, der muß darauf gefaßt sein, daß dieses Testament, wenn es von Anfang an nichtig wäre oder in der Folge seine Kraft verlöre, nicht als Kodizill aufrecht erhalten würde [5]). Liegt ihm daran, daß es mindestens als Kodizill bei Kraft bleibe, so muß er sich deßhalb ausdrücklich erklären [6]). Eine solche Erklärung nennen wir: Kodizillarklausel. In welchen Worten sie erfolgt, das ist gleichgültig. Es genügt, daß der Erblasser in irgend einer Weise ausspricht, sein Testament solle auch als ein letzter Wille anderer Art, oder namentlich es solle auch als Kodizill zur Geltung kommen [7]). Selbst der in dem Testamente besonders angelegentlich ausgedrückte Wunsch, daß

die Verfügungen desselben gehalten und vollzogen werden möchten, werden als Kodizillarklausel gedeutet [8]).

Die Kodizillarklausel kann nicht blos einem Testamente im Ganzen angehängt sein, und sich somit auf dessen ganzen Inhalt beziehen, sondern sie kann auch blos mit einzelnen Anordnungen verbunden sein [9]), und sie ist von selbst auf die Nebenbestimmungen beschränkt, wenn der Testamentserbe zugleich der nächste Intestaterbe ist [10]). Der Unterschied tritt dann in der Wirkung hervor.

Dorten wird das ganze Testament in ein Kodizill verwandelt; die Erbeseinsetzungen werden zu universellen Vermächnissen, und die übrigen Anordnungen, soweit sie nur in einem Kodizill, wie es vorliegt, getroffen werden können, nunmehr als kodizillarische aufrecht erhalten [11]), gerade als wenn der Erblasser ursprünglich ein Kodizill errichtet hätte. Auch hier erfolgt die Umwandlung des Testaments in ein Kodizill, jedoch nur hinsichtlich der testamentlichen Anordnungen, auf welche der Erblasser die Kodizillarklausel beschränkt hat [12]), oder auf welche sie der Natur der Sache nach zu beschränken ist [13]).

Es wird aber das Testament in der Regel in ein Intestatkodizill verwandelt, unter Umständen in ein testamentliches. Wird nämlich nach einem gültig errichteten Testament ein zweites errichtet, das von Anfang an ungültig aber mit der Kodizillarklausel versehen ist, so verwandelt sich das letztere, wird nur die Klausel geltend gemacht, in ein testamentliches Kodizill. Ganz dasselbe tritt ein, wenn ein kraftloses oder kraftlos gewordenes Testament die Kodizillarklausel hat, während später ein wirksames Testament errichtet wird. Das erste ursprünglich nichtige oder nachher ungültig gewordene Testament erscheint zunächst in Folge

der Klausel als ein Intestatkodizill, das aber, sofern und soweit es nicht widerrufen ist, an das spätere kräftige Testament sich anschließt und zum testamentlichen Kodizill wird.

Wenn indessen einem Erblasser gestattet ist, seinen letzten Willen zunächst für ein Testament, eventuell aber für ein Kodizill zu erklären, so wird die gleiche Befugniß dem nicht gewährt, welcher in dem Testamente bedacht ist. Dieser muß sich vielmehr gleich Anfangs erklären, ob er den letzten Willen als Testament oder vermöge der Kodizillarklausel als Kodizill geltend mache [14]); und er kann von seiner Erklärung nicht wieder zurückkommen [15]). Nur gewissen Verwandten wird es zugestanden, einen letzten Willen zunächst als Testament geltend zu machen, diese Behauptung aber nachher wieder aufzugeben und ihn vermöge der Kodizillarklausel als Kodizill für sich in Anspruch zu nehmen [16]). Es ist kein genügender Grund vorhanden, diesen begünstigten Personen eine entgegengesetzte Wahl zu versagen [17]). Vielmehr muß man sie auch für berechtigt halten, gestützt auf die Kodizillarklausel einen letzten Willen zuerst als Kodizill zu bezeichnen und nachher diese Ansicht zu ändern und sich auf ihn als auf ein Testament zu berufen.

Diese Bestimmungen können zu Verwicklungen führen, welche nicht ohne Schwierigkeiten aufzulösen sind, weil uns hier ausdrückliche Anordnungen ganz verlassen. Sind nämlich mehrere Bedachte vorhanden und zwar solche, die von der Wahl, welche sie einmal getroffen haben, nicht wieder abgehen können; so fragt es sich, ob der eine den letzten Willen als Testament, der andere als Kodizill geltend machen könne, oder ob sie sich über die Eigenschaft, die sie dem letzten Willen beilegen, vereinigen müssen. Und wenn man das Erste für zulässig hält und dem einen ge-

stattet, auf dem letzten Willen als auf einem Testament zu bestehen, dem andern, ihn als Kodizill zu behaupten, so fragt es sich weiter, welches der Erfolg sei, je nachdem die eine oder die andere Ansicht endlich obsiegt. Indessen dürfte das Zweite richtiger sein. Nur wenn die verschiedenen Betheiligten über die Eigenschaft, in der sie den letzten Willen geltend machen wollen, sich verständigen und eine gemeinsame Wahl treffen, werden rechtlich unmögliche oder doch höchst anomale Ergebnisse vermieden [18]). Auch dürfte die, mehrern Betheiligten aufzulegende Nothwendigkeit, sich über ihre Wahl zu vereinigen, in der Analogie dessen, was hinsichtlich der ädilizischen Klagen von mehrern Erben des Käufers einer Sache gilt [19]), und namentlich in der Analogie dessen, was für mehrere Erben eines Legatars dem eine Sache vermacht worden war [20]), betreffend die Geltendmachung ihres Anspruchs das Recht mit sich bringt, einige Unterstützung finden [21]).

Uebrigens liegt es in der Natur der Sache, daß der Erblasser abändernde Verfügungen treffen kann, z. B. den Bedachten einen Wechsel in ihrer Wahl gestatten, oder ihn denen entziehen, welchen er vom Gesetz gestattet ist [22]).

1) D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 13. §. 1. . . . . multum interest, utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit an vero testamentum facere se existimaverit: nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit etc.

2) D. eod. . . . . Voluntatis autem quaestio ex eo scripto plerumque declarabitur: nam si forte a Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, heres si non extitisset, sine dubio non codicillos sed testamentum facere voluisse intelligetur. Umgekehrt wird in einem Falle, wo der Erblasser neben mündlicher Errichtung eines Testaments (si palam heres nuncupatus sit), und zugleich damit eine Urkunde solennisirt hat, die blos Vermächtnisse enthält (legata autem in tabulis collata fuerint), aus dem Inhalt dieser Urkunde wohl in Verbindung mit der mündlich geschehenen

Erbeseinsetzung der Schluß gezogen, daß der Erblasser nur ein schriftliches Kodizill neben seinem mündlichen Testament errichten wollte (tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sunt) D. eod., l. ult.

3) Jedoch zu vergl. noch unten §. 26, besonders Note 1.

4) Die einzige Stelle (D. ad Sct Treb., XXXVI. 1. l. 76 gehört nicht hierher), worauf man sich mit einigem Schein gegen die im Texte ausgesprochene Ansicht berufen könnte, ist D. de test. milit., XXIX. 1. l. 3. Allein genau besehen ist diese Stelle nicht nur dem Texte nicht entgegen, sondern sie bestätigt ihn sogar. Der Kern des Inhalts ist offenbar der: wenn ein Soldat, der nach dem jus commune ein Testament zu errichten beabsichtigte, früher starb als er diese Absicht ausführte, so solle sein letzter Wille dennoch gelten, wie wenn ihn der Soldat jure militari erklärt hätte. Denn damit, daß er jure communi zu testiren beabsichtigte, habe er sein beneficium militare nicht aufgegeben. Vielmehr müsse man annehmen, er habe utroque genere sein Testament errichten oder zur Geltung kommen lassen wollen, sei es jure communi, sei es jedenfalls jure militari. Zur Bekräftigung dieser Annahme wird darauf hingewiesen, daß auch Nichtsoldaten meistens die Kodizillarklausel ihrem Testamente hinzufügen. Offenbar wird hieraus der Schluß gezogen, daß eben die meisten Testirer darnach trachten, ihren letzten Willen in irgend einer Weise aufrecht zu erhalten, und daß man daher dieses Bestreben auch bei einem Soldaten voraussetzen müsse. Also nicht auf die Vermuthung einer clausula codicillaris in den Testamenten der pagani, sondern auf die Sitte ihrer ausdrücklichen Hinzufügung wird Gewicht gelegt. Diese Sitte wäre aber in der That unerklärlich, wenn bei jedem Testamente, in welchem sich der Erblasser nicht dagegen ausspricht, die Kodizillarklausel vermuthet würde. Allerdings sucht Ulpian aus dem, was pagani namentlich zu thun pflegen, eine Vermuthung zu rechtfertigen für den Fall, wo ein miles jure communi testiren wollte. Aber hieraus darf man nicht wiederum rückwärts eine Vermuthung für die Kodizillarklausel ableiten, von welcher Ulpian nichts weiß, die sogar mit der von ihm hervorgehobenen Sitte unvereinbar wäre.

5) D. qui test. fac. poss., XXVIII. 1. l. 29 pr. — de legat. III. l. 11. §. 1. — C. de testam. manum., VII. 2. l. 2.

6) D. de vulg. et pup. subst., XXVIII. 6. l. 41. §. 3. . . . . ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, *nisi hoc expressum est* etc. — de jure codic., XXIX. 7. l. 1. Saepissime rescriptum et constitutum est, eum qui testamentum facere opinatus est, *nec voluit quasi codicillos id valere*, videri nec codicillos fecisse etc. — C. de codic., VI. 36. l. 8. §. 1. . . . . testator, qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, velut ex codi-

cillis ultimam voluntatem, *nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere* etc.

7) Die Kodizillarklausel kann demnach in mehr ausführlicher Weise und unter namentlicher Hinweisung auf Kodizille z. B. C. l. c. . . . ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere etc. — de testam. manum., VII. 2. l. 11. . . . . Cum non fuisset adjectum, ut pro codicillis scriptum valeret etc., oder durch einen allgemeinen Ausdruck hinzugefügt werden, z. B. D. qui test. fac. poss., XXVIII. 1. l. 29. §. 1. . . . . hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit etc. — de legat. II. l. 88. §. ult. . . . . et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas etc.

8) D. eod., l. 77. §. 23. . . . . nam *enixae voluntatis preces* ad omnem successionis speciem porrectae videbantur.

9) D. de inoff. test., V. 2. l. 13. — de legat. II. l. 77. §. 23. . . . . et fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione praestari rogaverat etc.

10) Dieß ist gerade der Fall in D. l. c.

11) Hatte daher der Erblasser einen Erben mit einem universellen Vermächniß beschwert, so würde dieser Erbe, durch die Verwandlung des Testaments in ein Kodizill, zum ersten universellen Vermächnißnehmer, der dann dieses Vermächniß dem, von ihm aus Bedachten ganz oder theilweise je nach der letztwilligen Bestimmung zu restituiren hätte.

12) Wenn z. B. der Erblasser erklärte, in Betreff dieser oder jener Verfügungen solle das Testament, wo nöthig, auch als Kodizill Kraft haben, z. B. D. de inoff. test., V. 2. l. 13.

13) Wenn der nächste Intestaterbe zugleich der Testamentserbe ist, und daher die Kodizillarklausel nur Nebenbestimmungen z. B. Vermächnisse berühren kann. Zu vergl. D. de legat. II, l. 77. §. 23.

14) C. de codic., l. 8 pr. . . . . qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem . . . . . statim inter ipsa hujus juris auspicia propositum suae intentionis explanet.

15) C. eod. . . . . sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse etc.

16) C. eod. §. 2. Si quis vero ex parentibus utriusque sexus ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium scriptus heres fuerit vel nuncupatus . . . . licebit ei, si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit superatus, vel certe ipse voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare etc.

17) Zwar die einschlagende Stelle spricht nur von dem Fall, wenn man den letzten Willen zuerst als Testament geltend gemacht hat (zu vergl. die vorgehende Note). Allein was von diesem Fall gilt, der wohl der gewöhnliche sein wird, das muß auch von dem entgegengesetzten seltenern

Fall gelten. Die Stelle hebt jenen gerade als den gewöhnlichen hervor, ohne den letztern auszuschließen. In der That läßt sich auch gar nicht einsehen, warum blos dorten und nicht auch hier ein Wechsel zulässig sein soll. Denn daß der Erblasser seinen letzten Willen zunächst als Testament und nur eventuell als Kodizill betrachtet wissen wollte, das kann den Personen, denen ein Wechsel der Ansicht gestattet ist, nicht im Wege stehen, den letzten Willen zuerst als Kodizill gelten zu machen, dann aber, bei besserer Erkenntniß, zu ihm als zu einem Testament zurückzukehren, und ihn in der Eigenschaft in Anspruch zu nehmen, welche ihm der Erblasser zunächst zu geben beabsichtigte.

18) Denke man sich zwei Erben, wovon der eine den letzten Willen als Testament, der andere als Kodizill geltend machen will. Werden sie nicht genöthigt, sich über ihre Wahl zu vereinigen, so sind folgende Fälle möglich. — Der erstere unterliegt, dann ist der Erfolg einfach zu bestimmen. Das Testament ist nun als solches gefallen; es tritt mithin die Intestaterbfolge ein. Der erstere, welcher den letzten Willen nicht mehr als Kodizill geltend machen kann, wird ganz ausgeschlossen, während der zweite als universeller Fideicommissar auftritt. — Gesetzt aber der erste siegt ob, wie dann? Man könnte hier davon ausgehen: da der zweite den letzten Willen als Intestatkodizill in Anspruch genommen, und eben damit sein Erbrecht ex testamento als solches aufgegeben habe; so wachse sein Erbtheil dem Sieger zu. Die Folge davon wäre, daß die Intestatsuccession hinwegfiele, und daher auch der zweite nicht einmal als universeller Fideicommissar auftreten könnte. Denn er beruft sich auf den letzten Willen als Intestatkodizill, kann sich folglich nicht mehr auf ihn berufen, nachdem er als Testament anerkannt ist. Von der andern Seite hat dieser zweite Testamentserbe, indem er den letzten Willen als Kodizill geltend machte, nur von einem Rechte Gebrauch gemacht, das ihm der Erblasser selbst und das Gesetz eingeräumt hat. Es würde daher kaum gerechtfertigt sein, ihn seines Anspruchs für verlustig zu erklären, weil der andere Erbe, welcher den letzten Willen als Testament verfocht, seine Behauptung durchsetzte. Erhält man aber den zweiten Erben bei seinem Anspruch, so würde der erste Erbe ex testamento, statt des zweiten hingegen der Intestaterbe eintreten und die Erbsportion eben an diesen zweiten Testamentserben als universelles Fideicommiß unter Abzug der quarta Falcidia restituiren. Somit wäre denn der Erblasser pro parte testatus pro parte intestatus gestorben. — Demnach hätten wir bei der Voraussetzung, daß der erste Testamentserbe obgesiegt habe, nur die Alternative vor uns, entweder den zweiten, der nur von seinem Rechte (den letzten Willen als Kodizill in Anspruch zu nehmen) Gebrauch gemacht hat, völlig auszuschließen, oder den Erblasser blos pro parte testamentlich beerbt werden zu lassen. Jenes wäre gewiß sehr anomal, dieses verstieße geradezu gegen eine anerkannte Rechtsregel. — Denken wir uns weiter einen Erben und einen Legatar,

wovon der erstere den letzten Willen als Testament, der letztere als Kodizill geltend macht. Unterliegt jener, so ist das Ergebniß einfach das: es tritt die Intestaterbfolge ein, und der Legatar erhält sein Vermächtniß als aus einem Intestatkodizill. Siegt aber der Testamentserbe ob, so würde der Legatar, der nur eines ihm zustehenden Rechtes sich bedient hat, seines Legats verlustig werden. Er könnte sich deßhalb nicht an den Intestaterben halten, da dieser, besiegt von dem Testamentserben, die Erbschaft nicht hat. Er könnte sich aber auch nicht gegen den Testamentserben wenden, weil er, der Legatar den letzten Willen als Kodizill geltend machte und sich mithin nicht hintendrein auf denselben als auf ein Testament berufen kann. Ein solches Ergebniß darf man nun wohl auch sehr anomal nennen. — Noch verwickelter wird die Sache, wenn wir uns mehrere Erben, wovon der eine den letzten Willen als Testament der andere als Kodizill in Anspruch nimmt, und neben denselben auch noch Legatare denken. Um indessen nicht zu weitläufig zu werden, glaube ich hierauf nicht weiter eingehen zu müssen. Es dürfte an den vorhin besprochenen Fällen genügen, um uns zu überzeugen, wie es die Natur der Sache mit sich bringe, daß man den verschiedenen im Testament bedachten Personen die Nothwendigkeit auferlege, sich über die Art und Weise zu verständigen, in der sie den letzten Willen geltend machen wollen.

19) Es kann nicht der eine redhibitorisch, der andere quanti minoris klagen. Das braucht sich der Verkäufer nicht gefallen zu lassen. Sie müssen sich über die Klage vereinigen, die sie anstellen wollen, D. de aedil. Edict., XXI. 1. l. 31. §. 5. — Zu vergl. D. eod., §. 7.

20) D. de legat. I. l. 84. §. ult. Si is, cui legatum fuerat, antequam constitueret qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt. quare quamdiu alter rem vindicare vult, alter in personam agere non potest. sed si consenserint, rem communiter habebunt; consentire autem vel sua sponte debent, vel Judice imminente. Die Stelle setzt ein Legat voraus, das mit einer actio in rem und mit einer actio in personam geltend gemacht werden konnte. Für das Justinianische Recht hat dieß keine Schwierigkeit, da jedes eine Sache des Erblassers umfassende Vermächtniß eine actio in rem und eine obligatio erzeugt. Wohl aber scheint es dieselbe für das frühere Recht zu haben. Und doch ist die Fassung der Stelle von der Art, daß wir keinen Grund haben, eine Interpolation anzunehmen. Auch müssen wir den Gedanken an eine Interpolation schon deßhalb aufgeben, weil die Schwierigkeit nicht blos einzelne Beziehungen, sondern den zur Entscheidung vorgelegten Fall im Ganzen und die dabei zur Sprache kommende Hauptfrage betrifft. Sollte hier eine Interpolation vorliegen, so müßte die ganze Stelle eigentlich interpolirt sein. Fragen wir jedoch, wie war es nach dem frühern Rechte möglich, daß aus einem und demselben Legat eine actio in rem und eine actio in personam hervorgehen konnte?

Sehr leicht, wenn wir das Senatusconsultum Neronianum zu Hülfe nehmen. Setzen wir ein legatum per vindicationem, dessen Gültigkeit Anständen unterliegt, so ist die Möglichkeit einer doppelten Klage gegeben. Hätte nun der Legatar vor seinem Tode sich noch nicht entschieden gehabt, mit welcher Klage er auftreten wollte (qua actione uti vellet), so konnte etwa der eine Erbe es wagen wollen, für seinen Theil das Legat als legatum per vindicationem geltend zu machen und eine actio in rem anzustellen, während der andere es für sicherer halten mochte, vermöge des Sctum Neronianum es als Damnationslegat geltend zu machen und somit zu einer actio in personam zu greifen.

21) Wenn nämlich einem Verkäufer nicht zugemuthet wird, sich von einem Erben des Käufers die Sache redhibiren und sich von dem andern quanti minoris belangen zu lassen; und wenn ein letztwillig Beschwerter nicht genöthigt wird, dem einen Erben des Legatars auf eine actio in rem und dem andern auf eine actio in personam Rede zu stehen; so sollte man meinen, es könne auch ein Intestaterbe nicht verpflichtet sein, mit einem Testamentserben über die hereditas ex testamento, mit dem andern über ein universelles Fideicommiß ab intestato zu streiten, und so auf die hereditatis petitio ex testamento und zugleich auf die fideicommissaria hereditatis petitio ab intestato als Beklagter sich einzulassen. — Man kann die Sache auch noch von einer andern Seite auffassen. Was das römische Recht von mehrern Erben eines Käufers oder eines Legatars in den vorhin (Note 19 und 20) angeführten Stellen ausspricht, das läßt sich auch auf einen allgemeinern Grundsatz zurückbringen, oder eben nur als Folge und concrete Anwendung eines allgemeinern Grundsatzes betrachten. Dieser würde dahin zu bestimmen sein: wenn mehrere Personen in einem und demselben Rechtsverhältniß stehen, und wenn der Anspruch aus diesem Rechtsverhältniß verschiedene Richtungen darbietet, die aber nur alternativ verfolgt werden können, so müssen die mehreren Personen sich darüber vereinigen, welche Richtung sie dem Anspruch geben wollen, ohne daß ihn die eine in dieser, eine andere wiederum in einer andern Richtung geltend machen dürfte. Die Wahrheit dieses Grundsatzes vorausgesetzt, würden natürlich auch mehrere Personen, die in einem und demselben mit der Kodizillarklausel versehenen Testament bedacht worden sind, sich darüber vereinigen müssen, ob sie den letzten Willen als Testament oder als Kodizill, und ob sie daher ihre Ansprüche ex testamento oder als Berechtigungen ab intestato geltend zu machen beabsichtigen.

22) Denn Justinian hat wohl gewiß nur darüber, wie der Wille des Erblassers aufzufassen, eine Regel aufstellen, nicht aber diesen Willen selbst durch ein jus cogens binden wollen.

§. 24.

Fortsetzung.

Eine besonders wichtige Frage ist nun aber die, bei welchen letzten Willen die Kodizillarklausel ihre Wirkung äußere. Da die letztere darin besteht, daß sie das Testament in ein Kodizill verwandelt, und es gerade so erscheinen läßt, wie wenn der Erblasser von Anfang an ein Kodizill errichtet hätte; so muß die Klausel auch diese Wirkung überall äußern, wo der letzte Wille, ursprünglich als Kodizill errichtet, gültig gewesen und geblieben wäre. Hieraus ergibt sich:

I. Ist das Testament von Anfang an ungültig, und zwar:

1) Wegen mangelnder Fähigkeit des Erblassers, so kann es auch durch die Kodizillarklausel nicht als Kodizill aufrecht erhalten werden, es wäre denn die Unfähigkeit von der Art, daß sie wohl der Errichtung eines Testaments, nicht aber der eines Kodizills im Wege stünde [1]).

Rührt dagegen die Ungültigkeit:

2) von dem Mangel der Förmlichkeiten her, so wird das Testament zufolge der Kodizillarklausel in ein Kodizill verwandelt, vorausgesetzt nur, daß die Förmlichkeiten bei demselben angewendet worden sind, welche für ein Kodizill erfordert werden.

Liegt die Ungültigkeit:

3) in dem Inhalt des Testaments, so kann die Kodizillarlarklausel immerhin noch wirksam sein, sofern ein für ein Kodizill geeigneter Inhalt noch übrig bleibt, der von jener Ungültigkeit nicht ergriffen wird [2]). Ist daher das Testament ungültig, weil es an einer Erbeseinsetzung überhaupt, an einer bestimmten und erkennbaren Erbeseinsetzung, oder weil es bei dieser an der vom

Erblasser beabsichtigten Vollständigkeit fehlt, ist es ungültig wegen Unfähigkeit des eingesetzten Erben, oder wegen Irrthums, Betrugs und Zwangs, der sich blos auf die Erbeseinsetzung bezieht, ist es endlich ungültig, weil die Erbeseinsetzung in Gemäßheit des Sctum Libonianum hinwegfällt; so kann die Kodizillarklausel immer noch für Nebenbestimmungen, namentlich für Vermächtnisse [3]), selbst für eine Pupillarsubstitution [4]) von Wirkung sein, und zu ihrer Erhaltung beitragen. Uebrigens bedarf es für den Irrthum und Betrug, was Vermächtnisse betrifft, alsdann keiner Kodizillarklausel, wenn der Erblasser durch Irrthum oder Betrug überhaupt zur Errichtung eines Testaments veranlaßt worden ist, indem hier die Vermächtnisse ohnehin bei Kraft bleiben [5]). Ist hingegen das Testament im Ganzen durch Zwang herbeigeführt, und hätte der Erblasser ohne Zwang gar nicht testirt, so werden auch die Nebenbestimmungen als erzwungene gelten müssen, und deßhalb durch eine Kodizillarklausel nicht aufrecht erhalten werden können [6]).

II. Das Testament wird in der Folge ungültig. Es kann dieß geschehen:

1) durch eine capitis minutio des Erblassers. Hier hilft die Kodizillarklausel nichts [7]), es wäre denn, daß der Erblasser zur Todeszeit die Testamentifactio wieder erlangt hätte [8]). Da übrigens aus einem solchen Testamente selbst eine bonorum possessio ertheilt wird, so bedarf man der Kodizillarklausel nicht, sofern und soweit diese bonorum possessio cum re wäre [9]).

2) Wird die Kraft eines Testaments durch Widerruf gebrochen, so fällt damit auch die Kodizillarklausel, da der Widerruf eines Testaments doch wesentlich auf den Inhalt gerichtet ist, und die Zurücknahme des Inhalts nicht dadurch vereitelt

werden darf, daß man ihn in einer andern Weise zu Geltung bringt [10]). Ohnehin wird man wohl annehmen dürfen, daß der Widerruf eines Testaments auch den Theil desselben betrifft, welcher in der Kodizillarklausel besteht. Dieser Grundsatz ist indessen für den wörtlichen Widerruf nicht ohne Einschränkung richtig, und was den thatsächlichen anbelangt, so stehen ihm hier theils Zweifel entgegen, theils muß er ebenfalls beschränkt werden.

Wird nämlich ein früheres Testament mit der Kodizillarklausel durch ein späteres aufgehoben, so ließe sich allerdings zweifeln, ob nicht das erstere gemäß der Kodizillarklausel zunächst als Intestatkodizill zu betrachten, und dann in Verbindung mit dem spätern in ein testamentliches zu verwandeln und als solches zur Geltung zu bringen sei [11]). Eine genauere Erwägung lehrt jedoch, daß hier dasselbe gelten müsse, wie beim wörtlichen Widerruf. Denn wer aufs Neue ein Testament errichtet, der will doch offenbar das frühere nicht blos formell als Testament sondern er will es seinem Inhalt nach aufheben, sofern er das frühere Testament nicht im Ganzen bestätigt [12]), oder seinen Inhalt in das neue Testament aufnimmt, sei es durch eine neue selbstständige, sei es durch eine im Allgemeinen wiederholende Anordnung, sei es endlich durch bestätigende Beziehung auf einzelne im frühern Testament enthaltene Verfügungen. Eingeschränkt muß jener Grundsatz werden:

a) wenn der Erblasser ein Testament als solches dadurch widerruft, daß er, um ab intestato beerbt zu werden, die Erbeseinsetzungen und nur diese vernichtet [13]), oder dadurch, daß er die Förmlichkeiten in ihrer äußern Erscheinung zerstört, jedoch soviel davon übrig läßt, als ein Kodizill erheischt [14]). In beiden Fällen kann die Kodizillarklausel zwar nicht dahin wirken, daß

die Erbeseinsetzungen fideicommissarisch aufrecht erhalten werden [15]), wohl aber dahin, daß das Testament in Betreff der übrigen Verfügungen als Kodizill zur Geltung gelange [16]). Eingeschränkt muß er ferner werden:

b) wenn der Erblasser wörtlich nicht sein ganzes Testament, sondern nur die Erbeseinsetzungen widerruft [17]).

3) Das Testament wird ungültig durch Hinwegfallen des eingesetzten Erben. Hier wird dasselbe gewiß vermöge der Kodizillarklausel zu einem Intestatkodizille, sobald noch ein weiterer Inhalt vorhanden ist, der kodizillarisch gelten kann [18]). In einzelnen Fällen erstreckt sich die Wirksamkeit der Kodizillarklausel sogar auf die Erbeseinsetzung. Es geschieht dieß in gewissem Betrachte dann, wenn der eingesetzte Erbe von Anfang an das Testament als Testament aufgibt und, auf die Kodizillarklausel gestützt, dasselbe als Intestatkodizill geltend macht [19]). Es geschieht ferner in derselben Weise in dem Fall, wenn der Erbe nach der Delation, aber vor dem Erwerb stirbt, und dessen Erben oder andere Personen vermöge Transmissionsrechts aus seiner Person das Testament nicht als solches, sondern als Kodizill und folglich nicht ein Erbrecht, sondern ein universelles Intestatfideicommiß in Anspruch nehmen [20]). Im eigentlichen Sinne jedoch geschieht es, wenn der eingesetzte Erbe nach der Delation stirbt, ohne sein Erbrecht ausgeübt und die Erbschaft erworben zu haben, und ohne daß ein Transmissionsrecht statt findet. Das Testament wird hier vermöge der Kodizillarklausel als Intestatkodizill aufrecht erhalten, und die Erben des Erben können aus der Person ihres Erblassers ein universelles Fideicommiß fordern, indem sich dessen Erbeseinsetzung in ein solches verwandelt [21]).

1) Z. B. D. de jur. cod., XXIX. 7. l. 8. §. 3. — de capt., XLIX.

15. l. 12. §. 5. — Indessen wird dieser Punkt später bei der Lehre von den Personen umfassender, auch mit Rücksicht auf die Kodizillarklausel bebesprochen werden.

2) Denn so gut z. B. der Erblasser von Anfang an ein Kodizill machen konnte, in welchem er nur Vermächtnisse anordnete, eben so gut müssen Vermächtnisse durch die Kodizillarklausel aufrecht erhalten werden, wenn die Ungültigkeit des Inhalts sie nicht berührt.

3) In allen diesen Fällen können nämlich die Erbeseinsetzungen durch die Kodizillarklausel nicht in universelle Vermächtnisse verwandelt werden. In den beiden ersten nicht; da liegt ja gar keine oder keine erkennbare Erbeseinsetzung vor. Ist das Testament ungültig wegen Unfähigkeit des eingesetzten Erben oder wegen der Grundsätze des Sctum Libonianum, so würde der Grund der Ungültigkeit die Anordnung auch dann treffen, wenn sie ursprünglich als eine kodizillarische gemacht worden wäre. Gleiches müßte eintreten, wenn die Ursache der Ungültigkeit in der mangelnden Vollständigkeit läge. Sei es, daß der Erblasser nicht alle die Erbeseinsetzungen vornahm, die er vornehmen wollte (D. qui test. fac. poss., XXVIII. 1. l. 25), sei es, daß er eine Bedingung nicht hinzufügte, die er hinzufügen wollte (D. de hered. inst., XXVIII. 5. l. 9. §. 5.), so würde die Verfügung als eine ursprünglich kodizillarische, d. h. als ein ursprünglich angeordnetes universelles Fideicommiß keine Wirksamkeit haben können, weil ein vollendeter Wille des Erblassers nicht vorliegt. Man kann daher nicht wissen, in welchem Umfang die Vollendung der Willenserklärung, wenn es dazu gekommen wäre, die vorhandenen Verfügungen beschränkt oder zu deren Wirkungslosigkeit die Veranlassung gegeben hätte. Höchstens bei einem auf die Erbeseinsetzung sich beziehenden Irrthum, Betrug oder Zwang ließe sich etwa im einzelnen Fall zweifeln, ob der Erblasser nicht auch ohne die genannten Beeinträchtigungen seines freien Willens ein Fideicommiß angeordnet hätte. Allein dieser Zweifel reicht doch nicht hin, um in Folge der Kodizillarklausel die Erbeseinsetzung ohne weiters in ein universelles Fideicommiß zu verwandeln.

4) Freilich kann die Pupillarsubstitution nicht als solche durch die Kodizillarklausel zu Kraft gelangen. Aber eine, in einem Kodizill angeordnete Pupillarsubstitution wird ausnahmeweise (benigna interpretatione) als eine fideicommissarische Substitution angesehen und behandelt (D. ad Sctum Trebell., XXXVI. 1. l. 76.). Insofern nun die Kodizillarklausel das Testament in ein Kodizill umwandelt, so hat sie auch Einfluß zu Gunsten einer Pupillarsubstitution, die nun als eine in einem Kodizill angeordnete betrachtet und als fideicommissarische Substitution aufrecht erhalten werden muß. — Was bei der Pupillarsubstitution Rechtens ist, das muß analog auch auf die Quasipupillarsubstitution angewendet werden.

5) Zu vergl. die genauere Erörterung unten §. 27. Note 3 und 6.

6) Denn auch ein Zwang zur Errichtung von Kodizillen oder zu

einzelnen Anordnungen in einem Kodizill macht die Kodizille selbst oder doch die erzwungenen Anordnungen ungültig.

7) Denn auch ein gültig gemachtes Intestatkodizill wird durch eine nachfolgende capitis minutio wirkungslos, D. de legat. III. l. 1. §. 3.

8) Wir haben für Kodizille nirgends die Bestimmung, daß sie, wie civilrechtlich Testamente, wenn sie von einem Testirfähigen gültig errichtet und durch dessen capitis minutio ungültig geworden sind, auch ungültig bleiben, trotzdem daß der Erblasser zur Todeszeit die testamentifactio wieder erlangt hatte. Außerdem wird man wohl annehmen dürfen, daß in Fällen, wo bei Testamenten eine bonorum possessio secundum tabulas ertheilt wird, Kodizille jedenfalls wirksam sind.

9) Soweit sie sine re ist, hat die Kodizillarklausel allerdings ihren Werth.

10) D. de jur codic., XXIX. 7. ht., l. 5. . . . . sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit.

11) Man könnte etwa davon ausgehen, daß das frühere Testament, sobald man die Kodizillarklausel und vermöge derselben den letzten Willen als Kodizill geltend macht, gar nicht als Testament sich darstelle, sondern wie ein ursprüngliches Intestatkodizill anzusehen und zu behandeln sei. Sofort könnte man weiter versucht sein, auch hier die Grundsätze anzuwenden, welche für den Fall eintreten, wo ein Erblasser, nachdem er ein Kodizill errichtet hat, nun zur Errichtung eines Testaments schreitet, zu vergl. Oben §. 20. Note 8 ff.

12) Wo dann das frühere, auch wenn ihm die Kodizillarklausel nicht hinzugefügt worden wäre, allerdings in ein testamentliches Kodizill verwandelt wird. J. quib. mod. test. inf., II. 17. §. 3. — ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 29. In neuerer Zeit ist übrigens die Ansicht aufgestellt worden, das frühere gelte von selbst als bestätigt, wenn in dem spätern Testament ein heres ex re certa eingesetzt worden wäre. Ich will gar nicht in Abrede ziehen, daß sich wohl allgemeine Gründe darbieten, aus welchen die Aufstellung einer Vermuthung, der Erblasser habe durch die Einsetzung ex re certa in dem spätern Testament das frühere bestätigen und dessen Anordnungen in fideicommissarische verwandeln wollen, erklärt und auch gerechtfertigt werden könnte. Allein das Dasein solcher Gründe reicht noch nicht hin, um die Annahme zu begründen, daß das römische Recht eine solche Vermuthung wirklich aufgestellt, und daß es dem daraus hervorgehenden, stillschweigenden Willen des Erblassers dieselbe Kraft beigelegt habe, wie einer ausdrücklichen Bestätigung. Es kommt vielmehr Alles darauf an, ob sich für diese Annahme ein Anhaltspunkt in den hier einschlagenden Stellen (J. l. c. — D. l. c.) finden lasse. Sehe ich recht, so sind es hauptsächlich zwei Aussprüche, auf die man Gewicht legen kann. a) Marcian sagt (D. l. c.): cujus constitutionis verba retuli, cum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt, und die Institutionen

(l. c.) sagen es ihm nach: cujus constitutionis verba inseri jussimus, cum aliud quoque praeterea in ea constitutione expressum est. Dieses Andere und Weitere nun, was das Rescript der Kaiser Severus und Antoninus enthält, könne, also ließe sich argumentiren, nur darin bestehen, daß sie aus der Einsetzung ex re certa den Schluß ziehen, der Erblasser habe das frühere Testament bestätigen wollen, und daß sie dieser vermutheten stillschweigenden Erklärung die Bedeutung einer ausdrücklichen beilegen. Denn daß eine ausdrückliche Erklärung das frühere Testament als Kodizill aufrecht erhalte, wäre für die Zeit Marcian's nichts Besonderes gewesen, das einer namentlichen Hervorhebung bedurft hätte, da dieser Grundsatz schon von Ulpian ganz allgemein und ohne Berufung auf eine kaiserliche Entscheidung angegeben werde (D. de inj. rupt. irr. test., XXVIII. 3. l. 12. §. 1). Diese Argumentation läßt indessen mehrere Umstände außer Acht. Erstlich spricht Ulpian zwar (l. c.) seine Meinung bestimmt dahin aus: *sine dubio* universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt. Daß aber trotz der entschiedenen Ueberzeugung Ulpian's die Sache nicht gerade unbedenklich war, zeigt dieser selbst, indem er (l. c.) seinen Ausspruch mit den Worten einleitet: quo rupto, *potest quaeri*, an vice codicillorum id valere deberet. So hätte sich Ulpian schwerlich ausgedrückt, wenn seine Ansicht Jedermann so zweifellos gewesen wäre, wie sie es ihm selbst war. Da hätte er etwa gesagt: quo rupto, constat etc., oder einer ähnlichen Ausdrucksweise sich bedient. Somit hat es gar nichts Auffallendes, wenn es Marcian der Mühe werth hielt, die mit der Ansicht Ulpians übereinstimmenden Worte des kaiserlichen Rescripts namentlich anzuführen. Zweitens wissen wir ja keineswegs, ob das Ulpianische Fragment nicht aus einer Zeit herrührt, wo das Rescript der Kaiser noch nicht ergangen war. Dürften wir das Letztere voraussetzen, so würde es sich sehr einfach erklären, weßhalb Ulpian das Rescript nicht erwähnt, Marcian dagegen um so mehr glaubte, dessen Bestimmung namentlich hervorheben zu sollen, um hiedurch die darin ausgesprochene Regel als Regel des Rechts gegen jede Bedenklichkeit sicher zu stellen. Endlich können wir bei dem Zustande unserer Quellen nicht einmal mit Gewißheit sagen, ob Ulpian, gesetzt er habe das Rescript schon gekannt, als er unser Fragment niederschrieb, sich nicht wirklich auf dasselbe bezogen habe. Wäre es nicht möglich, daß Ulpian am Schlusse der Stelle, wie sie uns vorliegt, etwa noch die Worte: idque rescripto Imperatorum Severi et Antonini confirmatur, oder einen andern ähnlichen Ausdruck (z. B. idque Imperatores Severus et Antoninus rescripserunt) hinzugefügt gehabt hätte? Ich wüßte nicht, was dieser Möglichkeit im Wege stünde. Die Verfertiger der Digesten konnten einen solchen Beisatz ganz gut in dem Gedanken streichen, daß das Rescript selbst durch Aufnahme der Stelle von Marcian in den Digesten und daß es auch in den Institutionen einen Platz gefunden habe. b) Der Schlußsatz der Pandektenstelle lautet: et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testa-

mento fuerit scriptum. Ich kann es dahin gestellt sein lassen, ob dieser Schlußsatz noch zu dem Rescripte selbst gehört oder eine Bemerkung Marcian's enthält, auch davon absehen, daß sich dieser Schlußsatz in den Institutionen nicht findet. Warum sollen die Schlußworte nicht den Sinn haben können, die Bestätigung des frühern Testaments habe nur insoweit Wirkung, als der Erblasser nicht im Einzelnen etwas Entgegengesetztes verordnet haben würde? Man muß nur nicht gerade daran denken, daß der Erblasser trotz der Bestätigung einzelne Gegenstände von der Restitution an die frühern Erben ausgenommen habe. Auch dieß mag geschehen. Aber wahrscheinlich haben jene Schlußworte zunächst den Fall im Auge, wo der Erblasser einzelne Anordnungen des frühern Testaments von der Bestätigung ausgenommen hat. Eine solche Ausnahme kann dem heres ex re certa oder den frühern Testamentserben als nunmehrigen Universalfideicommissarien zum Vortheil gereichen. Gesetzt, der Erblasser hat in dem frühern Testament den A zur Hälfte und den B zur Hälfte eingesetzt, in dem spätern hingegen das frühere bestätigt, ausgenommen die Einsetzung des A; so würde der heres ex re certa nur die Hälfte der Erbschaft an den B zu restituiren haben. Gesetzt jedoch, der Erblasser hätte das frühere Testament mit Ausnahme der darin angeordneten Vermächtnisse bestätigt, so würde der heres ex re certa die Erbschaft an die frühern Testamentserben zu restituiren haben, während diese von Leistung der ausgenommenen Vermächtnisse frei blieben. — Der Schlußsatz der Pandektenstelle läßt aber nicht nur die hier vertheidigte Auslegung zu; sie paßt mindestens eben so gut zu ihm als die Deutung: durch die Einsetzung eines heres ex re certa werde das frühere Testament von selbst, d. h. stillschweigend bestätigt (hoc ita intelligendum), wenn nicht der Erblasser in dem zweiten Testamente etwas dieser Vermuthung Entgegenstehendes ausgesprochen habe. Man könnte sogar versucht sein, in den Worten *aliquid specialiter* eine Hinweisung darauf zu finden, daß der Schlußsatz nicht eine solche Erklärung des Erblassers im Auge gehabt habe, wodurch das frühere Testament im Ganzen, sondern eine solche, wodurch einzelne Verfügungen desselben der Bestätigung entnommen werden. Denn außerdem würde es genügt haben, zu sagen: si non contrarium in secundo testamento fuerit scriptum. — Auf der andern Seite stehen der hier bekämpften Ansicht entschieden entgegen die Worte der Pandektenstelle: propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est. Schon der Ausdruck *inserta* fideicommissaria verba kann unmöglich von einer blos stillschweigenden Bestätigung genommen werden. Denn *inserta* verba können nichts anders sein, als wirklich in das Testament aufgenommene Worte. Die entgegenstehende Ansicht vermöchte sich nur durch die Deutung zu helfen: inserta verba sei die der Einsetzung hinzugefügte Beschränkung auf res certa, welche so behandelt werden müßte, als hätte der Erblasser durch sie ein Fideicommiß anordnen wollen. Deßhalb würden sie fideicommissaria ge-

nannt. Welchen Zwang man dadurch dem Ausdruck inserta fideicommissaria verba anthäte, bedarf kaum einer weitern Ausführung. Nun kommen aber noch die Worte: quibus ut valeret prius testamentum expressum est, welche doch ohne Zwang nicht dahin gedeutet werden können, der Erblasser habe stillschweigend an den Tag gelegt. Sie haben einfach den Sinn, durch jene inserta fideicommissaria verba habe der Erblasser wirklich ausgedrückt, also ausdrücklich gesagt, das frühere Testament solle gelten. Die fideicommissaria verba sind nichts Anderes, als Worte, wie man sie bei Anordnung von Fideicommissen zu gebrauchen pflegte. Das Rescript will sagen, der Erblasser habe in fideicommissarischer Ausdrucksweise (peto, rogo etc.) das frühere Testament ausdrücklich bestätigt. Diese Auffassung der hier besprochenen Worte wird durch die für das neueste römische Recht jedenfalls maßgebenden Institutionen bestätigt. Sie haben eine kleine Aenderung vorgenommen, indem sie das Wort fideicommissaria weglassen, dagegen die Worte secundo testamento hinzufügten. Sie sagen: propter inserta verba secundo testamento, quibus ut valeret prius testamentum expressum est etc. Den Institutionen müßte man noch in einem höhern Grade Gewalt anthun, um in ihren Worten die Anerkennung einer blos stillschweigenden Bestätigung zu finden. Hiezu kommt endlich noch Theophilus (ad h. l.), dessen Darstellung hier, wo es sich um den Sinn der Institutionen selbst handelt, unbeachtet zu lassen, auf keine Weise gerechtfertigt werden könnte.

13) Denn hätte er das ganze Testament vernichtet, durchstrichen rc., so würde natürlich das ganze gefallen sein.

14) Er reißt z. B. die Sigille der Zeugen ab, durchstreicht etliche Unterschriften, so jedoch, daß noch fünf unversehrt bleiben.

15) Denn indem der Erblasser z. B. die Erbeseinsetzungen durchstreicht, oder die Förmlichkeiten in der Weise vernichtet, daß das Testament als solches, d. h. die Erbeseinsetzungen als widerrufen erscheinen, so würde es ohne Zweifel dem Willen des Erblassers entgegen sein, wenn man die Erbeseinsetzungen doch zu universellen Vermächtnissen umgestaltete und in dieser Eigenschaft zu Kraft kommen ließe.

16) Für den ersten Fall bedarf es nicht einmal des Anrufens der Kodizillarklausel, da die testamentlichen Verfügungen, welche der Erblasser nicht ausgemerzt oder durchstrichen hat, ohnehin bei Kraft bleiben (D. de his quae in test. del., XXVIII. 4. l. 2 und 3). Um so weniger kann das Anrufen der Kodizillarklausel einem Anstand unterliegen. Für den zweiten Fall müssen wir voraussetzen, der Erblasser habe eben das Testament als solches, d. h. er habe seinen wesentlichen Inhalt, die Erbeseinsetzung, nicht aber die übrigen Verfügungen widerrufen wollen.

17) Zu vergl. oben §. 16. Note 14. — Bei einem wörtlichen Widerruf, der blos die Erbeseinsetzungen trifft, kann die Kodizillarklausel für andere Verfügungen wirksam werden.

18) C. de fideic. libert., VII. 4. l. 1. Cum proponas hereditatem ejus testatoris aditam non esse, a quo tibi fideicommissariam libertatem relictam dicis, et ab intestato alium, quam qui scriptus est, hereditatem possedisse, *si non a legitimo quoque herede fideicommissaria libertas repetita est*, nullo jure praestari eam ab eo, qui rogatus non est, desideras etc. Die in dem Testament vorgenommene repetitio a legitimo herede enthält offenbar nichts Anderes, als eine Kodizillarklausel zu Gunsten der fideicommissarischen Freiheit.

19) Ich sage: in einem gewissen Betrachte. Denn genau zu reden ist hier kein testamentum destitutum vorhanden. Wenn der eingesetzte Erbe von Vornen herein das Testament als Intestatkodizill geltend macht, so liegt ja gar kein Testament vor, das destituirt werden könnte. Nur uneigentlich läßt sich gerade das Aufgeben der testamentlichen Eigenschaft des letzten Willens und das Festhalten an der Kodizillarklausel wie ein Destituiren des Testaments ansehen.

20) Wo eine Transmission begründet ist, da hat bekanntlich der dazu Berechtigte die Wahl, ob er aus der Person des gestorbenen Erben ein Erbrecht in Anspruch nehmen wolle oder nicht. Es muß ihm daher auch die Befugniß zustehen, statt eines Erbrechts ein universelles Fideicommiß zu fordern, wie das sein Erblasser auch gekonnt hätte. Die Transmission hat ja gerade die Bedeutung, die Rechte eines zunächst berufenen und vor dem Erwerb gestorbenen Erben auf andere Personen zu übertragen. Bestanden nun diese Rechte nicht blos in der Befugniß zur Annahme oder zum Ausschlagen der Erbschaft, sondern auch in der Befugniß, das Testament als Intestatkodizill geltend zu machen, so muß auch diese Befugniß dem zur Transmission Berechtigten zukommen. Die Befugniß, ein erst deferirtes und noch nicht erworbenes Erbrecht aus der Person des gestorbenen Erben geltend zu machen, ist ohnehin das Wichtigere (majus), etwas Außerordentliches; wem sie zusteht, dem muß es noch vielmehr zustehen, sich auf die Kodizillarklausel zu berufen und in Folge davon ein universelles Fideicommiß aus der Person des gestorbenen Erben in Anspruch zu nehmen. Hiezu kommt noch, daß die letztere Befugniß selbst alsdann eintritt, wenn kein Grund zu einer Transmission vorliegt, zu vergl. die folg. Note.

21) Der im Text aufgestellte Grundsatz ist nicht ohne Bedenklichkeit, aber er rechtfertigt sich aus überwiegenden Gründen. Sieht man nämlich a) auf die Person des verstorbenen Erben, so hatte derselbe das alternative Recht, entweder sich auf den letzten Willen als Testament zu stützen und die Erbschaft anzutreten, oder an der Kodizillarklausel sich zu halten und als universeller Fideicommissar aufzutreten (C. de codic., VI. 36. l. 8. pr. . . . . ab ipsis intentionis exordiis, *utrum velit, eligendi* habeat potestatem, sciens se unius *electione* alterius sibi aditum praeclusisse etc.). Mit seinem Tode vor der Antretung fällt die eine Seite der Alternative hinweg; es kann nun aus seiner Person, da keine Transmission Statt

findet, kein Erbrecht und somit auch das Testament nicht als Testament aufrecht erhalten werden. Da liegt es doch gewiß in der Natur der Sache, die andere Seite der Alternative, somit das Testament vermöge der Kodizillarklausel als Intestatkodizill und die Erbeseinsetzung als universelles Fideicommiß zur Geltung zu bringen; wie dieß auch sonst bei alternativen Berechtigungen Regel ist, daß, wenn die eine Seite durch Zufall hinweg fällt, die andere bei Kraft bleibt. Denn daß, das Testament als Intestatkodizill betrachtet, das universelle Vermächtniß wirksam ist, kann keinem Zweifel unterliegen, weil der universelle Fideicommissar nach der Voraussetzung im Texte die Delation und folglich das dies cedit erlebt hat. Sieht man jedoch b) nicht auf die Person des gestorbenen Erben, sondern auf die seines Erblassers, so gelangt man zu demselben Ergebniß. Verbindet ein Erblasser die Kodizillarklausel mit seinem Testamente, so spricht er damit die entschiedene Absicht aus, daß seine testamentlichen Anordnungen wo möglich als kodizillarische, und folglich die Erbeseinsetzung als universelles Fideicommiß aufrecht erhalten werde. Wo es daher, wie hier, dem Rechte nach möglich ist, vermittelst der Kodizillarklausel die Erbeseinsetzung als universelles Vermächtniß zur Wirksamkeit gelangen zu lassen, da muß es in der That auch geschehen. — So treffen in unserm Falle die zwei gedenkbaren Standpunkte, von denen aus man die Sache betrachten kann, in demselben Resultate zusammen.

---

§. 25.

Fortsetzung.

Von besonderer Wichtigkeit ist noch der Einfluß des verletzten Notherbrechts auf die Kodizillarklausel.

Das Testament kann:

a) wegen Uebergehung eines Suus von Anfang an nichtig sein. Daß hier die Kodizillarklausel wirke, kann kaum einem gegründeten Zweifel unterliegen [1]). Denn hätte der Erblasser ursprünglich ein Intestatkodizill errichtet, so würde dessen Gültigkeit lediglich keinen Anstand haben [2]). Nun wirkt aber die Kodizillarklausel in unserm Fall dahin, daß das Testament, sobald es die Bedachten als Kodizill geltend machen, als ein ursprüng-

liches Intestatkodizill angesehen und behandelt wird. — Es erhält dieß seine volle Bestätigung aus dem, was:

b) in dem Fall gilt, wenn das Testament durch einen Postumus suus in seiner Kraft gebrochen wird. Auch hier hat die Kodizillarklausel die Folge, daß das testamentum ruptum in ein Intestatkodizill verwandelt wird. Da nämlich ein Intestatkodizill durch die Agnatio eines Postumus nicht im Mindesten leidet [3]), so kann auch der Kodizillarklausel ihre regelmäßige Wirkung nicht versagt werden, weil sie, sobald man sich auf sie beruft, das Testament als ein ursprüngliches Intestatkodizill erscheinen läßt. Ausdrücklich stimmen hiemit unsere Quellen überein [4]). —

c) Auch bei einem Testamente, welches durch bonorum possessio contra tabulas umgestoßen wird, könnte man versucht sein, die Kodizillarklausel zur Geltung zu bringen; weil die bon. poss. contra tabulas nicht stärker wirken dürfe, als die Nichtigkeit oder die Ruptur des Civilrechts. Lasse ja diese bonorum possessio ohnehin manche, zum Theil wichtige Theile des Testaments bei Kraft bleiben [5]). — Dennoch verhält sich hier die Sache anders. Wo bonorum possessio contra tabulas eintritt, da wird genau genommen doch nur ex testamento geerbt, indem eben die Intestaterbfolge in das Testament hineingetragen wird [6]). Hiemit ist aber eine Wirksamkeit der Kodizillarklausel, oder die Verwandlung des Testaments in ein reines Intestatkodizill, lediglich unvereinbar.

d) Handelt es sich von Verletzung des materiellen Notherbrechts und der Querela inofficiosi testamenti, so ist die Entscheidung schwieriger. Für das vorjustinianische Recht konnte es allerdings bezweifelt werden, ob nicht auch hier das Testamen

durch die Kodizillarklausel als Intestatkodizill aufrecht zu erhalten sei [7]. In der That waren die ältern Juristen hierüber nicht einerlei Meinung [8]. Indessen scheint doch die Ansicht obgesiegt zu haben, welche bei dem testamentum inofficiosum die Kodizillarklausel unwirksam sein ließ [9]. Jedenfalls war diese Ansicht herrschendes Recht in der Zeit Justinians vor der Novelle CXV [10]. Ob sie aber nach dieser Novelle noch gelten könne, ist eine andere Frage, die man richtiger verneint. Denn ihr einziger Grund [11] kann nach der genannten Novelle unmöglich mehr anerkannt werden [12]. Nur für das Querelrecht der Geschwister müssen die vornovellischen Grundsätze zur Anwendung kommen [13].

1) Nur mit Unrecht würde man sich gegen die im Text ausgesprochene Meinung auf D. de legat. III. l. 2. berufen. Denn wenn die Stelle sagt: ex filio praeterito, licet suus heres erit, fideicommissum relinqui non potest, so ist ja hier von einer Kodizillarklausel nicht im entferntesten die Rede. Die Stelle enthält blos eine Anwendung des Grundsatzes, daß nur der mit einem Fideicommiß belastet werden könne, welcher durch den Willen des Erblassers etwas erhalten hat. Sie will dem gemäß aussprechen, daß ein präterirter Sohn in dem Testament, in welchem er präterirt worden ist, nicht mit einem Fideicommiß beschwert werden könne, ob er gleich die Erbschaft ab intestato als suus heres bekommt, weil er als präterirter Sohn die Erbschaft nicht durch den Willen des Erblassers erhält. Daß aber der Erblasser nicht wirksam die Kodizillarklausel hinzufügen könne, davon enhält die Stelle lediglich nichts. In der That hört ja der Sohn in dem Augenblick auf präterirt zu sein, wo die im Testament Bedachten die Kodizillarklausel geltend machen; denn nun ist ja das Testament von Anfang an als ein bloßes Intestatkodizill anzusehen, und der Sohn bekommt die Erbschaft, wie wenn sie ihm ursprünglich ab intestato überlassen worden wäre. Allerdings läßt sich fragen, ob denn nicht wenigstens die einfache Belastung eines präterirten *emancipatus* selbst wirksam sei, weil derselbe zwar contra tabulas, aber doch ex testamento, mithin gleichsam wie ex judicio defuncti erbt. Auch scheint hierüber unter den römischen Juristen nicht einerlei Meinung geherrscht zu haben (C. de fideic., VI. 42. l. 31. . . . . *quaerebatur*, si utile esset hujusmodi fideicommissum? tota igitur antiqua *dubietate* super hoc explosa etc.). Justinian (C. l. c.) entscheidet sich für die Unwirksamkeit und dehnt diese Entscheihung am Schlusse auf andere Personen aus, quas exheredari necesse est, d. h. wohl

auf die Notherben, denen damals nur noch durch Accretion geholfen wurde. Uebrigens werde ich später bei der Frage von den Personen der Belasteten auf diesen Punkt zurückkommen.

2) D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 3. pr. Si quis, cum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit, quisquis mihi heres erit bonorumve possessor ejus fidei committo, fideicommissa praestari debent; quia pater familias, qui... codicillos faceret, perinde haberi debet, ac si omnes heredes ejus essent, *ad quos legitima ejus hereditas* vel bonorum possessio perventura esset. l. 16. Ab intestato factis codicillis, relicta etiam postea natus intestati successor debebit. *Quicumque enim ab intestato successerit*, locum habent codicilli . . *nec interest, quis succedit, dum intestato succedat* etc. l. 19. Is, qui unum filium habebat, cum codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus, *herede eo et quem postea procreavit. agnatione sui heredis nemo dixerit codicillos evanuisse* etc. — C. de codic., VI. 36. l. 1.

3) D. eod., l. 3. §. 1. l. 16. l. 19.

4) D. de legat. III. l. 9. Si ita fuerit fideicommissum relictum, *ad quemcunque ex testamento meo vel ab intestato*, vel ita, ad *quemcunque quoquo jure bona mea perveniant:* hac oratione et ejus, qui postea natus erit inve familiam venerit, et ejus, qui postea cognatus esse coeperit, fidei commissum videtur etc. Wir können uns den Fall, den diese Stelle behandelt, da sie selbst sich hierüber nicht ausspricht, auf eine zwiefache Weise vorstellen. Einmal so, daß die das Fideicommiß anordnenden Worte in dem Testament selbst, wovon dieselben reden, gestanden sind. Denn daß es nicht heißt: ex *hoc* testamento, sondern: ex testamento meo steht lediglich nicht im Wege, da auch dieser Ausdruck ganz gut auf das Testament selbst sich beziehen kann, in welchem das Fideicommiß angeordnet wurde. Unter dieser Voraussetzung würden aber die verfügenden Worte in Betreff der durch sie gemachten fideicommissarischen Anordnung geradezu eine Kodizillarklausel enthalten. Wir können uns aber auch den Fall in der Art denken, daß der Erblasser abgesondert von seinem Testament vor Erscheinung des postumus ein Kodizill errichtet und in demselben Fideicommisse mit den angegeben Worten angeordnet habe. Gleichgültig wäre es hiebei, ob das Kodizill dem Testamente vorherging, oder nachfolgte, obgleich die letztere Annahme die natürlichere zu sein scheint: wir hätten eben nur dorten wie hier ein gültiges Kodizill vorauszusetzen. — Welche Art der Anordnung wir nun der Stelle unterlegen, die im Testament selbst oder die in einem abgesonderten Kodizill, so beweist sie die im Texte ausgesprochene Behauptung. Denn sie verpflichtet auch den, qui postea natus erit inve familiam venerit. Hierunter ist doch wohl ein postumus suus zu verstehen, der es etwa durch Geburt oder einen bürgerlichen Act (inve *familiam* venerit) wurde. Dabei setzt die Stelle entschieden voraus, daß dieser postumus in dem Testamente nicht eingesetzt war, sondern ab intestato erbte. Da sie

denselben aber ganz allgemein als Intestaterben verpflichtet, folglich auch dann und, wohl hauptsächlich dann, wenn er selbst das Testament rumpirt und dadurch die Intestaterbfolge für sich eröffnet hat; so würde sie — angenommen, daß die fideicommissarische Anordnung im Testamente selbst gemacht wurde — die Behauptung des Textes unmittelbar beweisen. Wäre hingegen jene Anordnung in einem abgesonderten Kodizill gemacht worden, so hätte das Fideicommiß mit dem Kodizill selbst fallen müssen, hätte sich das letztere nicht als Intestatkodizill aufrecht erhalten lassen. Denn als ein testamentliches Kodizill müßte es mit dem agnatione postumi rumpirten Testament seine Kraft verlieren. Nur dadurch, daß es nach der Art der Anordnung von dem Erblasser eventuell für ein Intestatkodizill erklärt worden war, konnte es trotz der Ruptur des Testaments in dieser seiner Eigenschaft und als ein gültiges Kodizill anerkannt werden. Nicht ohne Grund dürfen wir von hier aus einen Schluß auf die Kodizillarklausel machen. Wird ein testamentliches Kodizill, das als solches zugleich mit dem agnatione postumi rumpirten Testament kraftlos geworden war, als Intestatkodizill aufrecht erhalten, weil es der Erblasser in eventum als ein Kodizill ab intestato betrachtet wissen wollte, so muß analog auch ein testamentum agnatione postumi ruptum in Folge der Kodizillarklausel als Intestatkodizill zur Geltung kommen. Hiemit belegt sich wiederum der Textesausspruch, zwar nicht unmittelbar, aber darum nicht minder auf eine Weise, bei der sich die wissenschaftliche Jurisprudenz beruhigen kann. — Jedenfalls wird der Ausspruch im Texte bewiesen durch D. de fideic. libert., XL 5. l. 24. §. 11. Ex testamento, quod agnatione postumae ruptum esse constitit, neque directas libertates competere, neque fideicommissarias deberi, *si quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit*, satis constat. Daß diese Stelle eine Kodizillarklausel im Auge hat, nicht ein abgesondertes Intestatkodizill, sollte in der That gar nicht bezweifelt werden. — Die unterstrichenen Worte enthalten überdieß einen Ausdruck, wie er in ähnlicher Weise auch anderwärts in entschiedener Beziehung auf die Kodizillarklausel vorkommt, z. B. C. de fideicomm., VI. 42. l. 29.

5) Allerdings werden hier einzelne Theile des Testaments, wie Erbeseinsetzungen, Legate und Fideicommisse nur zu Gunsten gewisser Personen aufrecht erhalten. Indessen zeigt doch die Aufrechterhaltung dieser sowie anderer Theile des Testaments, daß der letzte Wille des Erblassers nicht als durchweg nichtig behandelt wird. Um so mehr könnte man Grund zu haben glauben, seine in die Kodizillarklausel niedergelegte Anordnung in ihrer Kraft bestehen zu lassen.

6) Zu vergl. mein Erbrecht, §. 97. Note 8. Dabei darf man nicht außer Acht lassen, daß die bon. p. c. tab auch contra lignum geht (D. de b. p. c. t. XXXVII. 4. l. 4 pr. l. 19), mithin die eingesetzten Erben die bon. poss. c. tab. nicht dadurch ausschließen können, daß sie das Testament zufolge der Kodizillarklausel als ursprüngliches Intestatkodizill geltend machen.

Denn die Möglichkeit, ex testamento zu erben, war für sie vorhanden. Dieß genügt zur bon. poss. contra tabulas.

7) Hält man daran fest, daß ein Testament durch die Kodizillarklausel in ein Intestatkodizill verwandelt wird, gerade wie wenn es von Anfang an als Intestatkodizill errichtet worden wäre, so konnte man im Zeitalter der Severe immerhin der Ansicht sein, daß ein testamentum inofficiosum vermöge der Kodizillarklausel als Intestatkodizill aufrecht zu erhalten sei. Denn gegen ein Intestatkodizill gab es von der Zeit an, wo die lex Falcidia auf Intestatvermächtnisse angewendet wurde (D. ad leg. Falcid., XXXV. 2. l. 18), nie eine Querela. Wir sehen dieß daraus. War ein Notherbe in einem Testamente mindestens auf seine Intestaterbsportion eingesetzt, so hatte er keine Querel, mochte er auch noch so sehr mit Singularsuccessionen beschwert sein. Denn er war durch die lex Falcidia gedeckt und um seinen Pflichttheil befriedigt (Paulus Rec. Sent., IV. 5. §. 5. Filius ex asse heres institutus *inofficiosum dicere non potest; nec interest exhausta nec ne sit hereditas*, cum apud eum quarta aut legis Falcidiae aut senatus consulti Pegasiani beneficio sit remansura. — D. de inoff. test., V. 2 l. 8. §. 9. . . . . nam si cum quis ex asse heres institutus est, ideo *non potest dicere inofficiosum*, *quia habet Falcidiam* etc.). Lag nun kein Testament vor und war der Notherbe mithin ab intestato gerufen, so konnte es nichts ausmachen, wenn seine Erbesportion durch ein Intestatkodizill bis zur Erschöpfung mit Fideicommissen belastet war. Von der Zeit an, wo die lex Falcidia auch für Fideicommisse ab intestato Anwendung fand, war er seines Pflichttheils wegen durch die quarta Falcidia sicher gestellt, und von einer Querel konnte keine Rede sein. Daher denn auch überall, wo es sich von einer Intestatverfügung handelt, ein Abzug der falcidischen Quarta, keineswegs aber eine Querela gestattet wird, C. famil. herc., III. 36. l. 16. 21 und 26. Wurde daher ein testamentum für inofficiosum erklärt, und beriefen sich jetzt die darin Bedachten auf die Kodizillarklausel, da ihnen von der theodosianischen Anordnung von 424 (C. de codic., VI. 36. l. 8.) ein solcher Wechsel nicht benommen war, so konnte es allerdings scheinen, als ob die Inofficiosität des Testamentes ihnen nicht im Wege stehe, weil jetzt das Testament als ein ursprüngliches Intestatkodizill zu behandeln war.

8) Dieß belegt sich aus D. de inoff. test., V. 2. l. 13., deren Auslegung freilich bestritten ist. Enthalten wir uns übrigens jeder willkührlichen Aenderung des Textes, sowie jeder mehr künstlichen Erklärung, so gelangen wir zu folgendem Ergebniß. Die Stelle setzt eine Mutter voraus, welche drei Kinder hatte, zwei Töchter und einen Sohn. Von jenen ernennt sie die eine zu ihrer Erbin, während sie die andere lieblos übergeht, dem Sohne hingegen ein Legat verschafft. Außer dem Sohne gibt sie andern Personen auch noch Legate. Das letztere folgt aus den Worten: ***Ea omnia***, ***quae*** supra dari fieri jussi, ***ea*** dari fieri volo ab omni herede

bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure intestati. Item *quae* dari jussero, *ea* uti dentur fiantque, fidei ejus committo. So konnte die Testirerin sich nicht ausdrücken, wenn sie blos dem Sohne ein Legat gegeben hätte. Die ausgeschriebenen Worte enthalten zugleich die Kodizillarklausel in Betreff der Legate (zu vergl. oben §. 23. Note 9 ff.). Die übergangene Tochter stellt die Querela inofficiosi testamenti an und siegt ob. Jetzt entsteht die Frage, ob trotz diesem Siege die Vermächtnisse vermöge der Kodizillarklausel geleistet werden müssen. Die Antwort von Scävola geht dahin: Si hoc quaeratur, an jure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Unmöglich geht der Sinn dieser Antwort blos dahin, ein Testirer könne vermöge der Kodizillarklausel auch seine etwaigen Intestaterben belasten. Denn damit war die Frage in concreto noch nicht beantwortet. Wir müssen vielmehr annehmen, Scävola habe sagen wollen, weil der Erblasser vermöge der Kodizillarklausel auch die etwaigen Intestaterben beschweren könne, und dieß in dem vorliegenden Falle wirklich gethan habe, so müssen die Vermächtnisse gezahlt werden, obgleich die lieblos ausgeschlossene Tochter mit der Querel gesiegt habe. Ist diese Annahme richtig, so folgt daraus von selbst, daß Paulus in den Schlußworten: Paulus notat, probat autem etc. die Ansicht Scävola's mißbilligen, nicht aber nur klarer und bestimmter ausdrücken wollte. Um das letztere für richtig zu halten und somit eine Uebereinstimmung zwischen Scävola und Paulus anzuerkennen, indem wir das ***probat autem*** auf Scävola, nicht auf Paulus beziehen, müßten wir voraussetzen, daß die Antwort Scävola's in den Pandekten unvollständig mitgetheilt worden sei und man sich begnügt habe, die bestimmte Bemerkung von Paulus der abgekürzten Antwort des erstern anzureihen. Es ist dieß möglich. Aber es ist nirgend ein Grund und eine Berechtigung für diese Voraussetzung zu finden. Eben so unzulässig wäre es, wenn man aus der Antwort des Scävola, wie sie die Stelle gibt, vermöge eines argumentum e contrario folgern wollte, dieser Rechtsgelehrte habe die Frage in concreto verneint. Ich meines Theiles wenigstens vermag nicht zu begreifen, wie man aus den vorliegenden Worten zu einem solchen Schluß e contrario gelangen sollte.

9) D. l. c. . . . . . Paulus notat, probat autem, nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente. Diese Worte enthalten zugleich den Grund der abweichenden Meinung: sofern das Testament als inofficios anerkannt werde, insofern werde zugleich anerkannt, der Erblasser sei nicht sanae mentis gewesen. — Bei dieser Anerkennung war es vielleicht folgerichtiger, ihm auch die Befähigung zur Errichtung eines Kodizills abzusprechen. Mit der Entscheidung des Paulus, wie mit seinem Grunde ist die Bemerkung eines andern Rechtsgelehrten zu Scävola (D. de legat. III. l. 36. Apud Scaevolam lib. 18. Dig. Claudius notat) einverstanden.

10) D. l. c. — Wie übrigens durch die Anordnungen Justinian's

in C. de inoff. test., III. 28. l. 30 und 32 schon vor dem Novellenrechte die Kodizillarklausel bei testamenta inofficiosa zur Wirksamkeit gelangt sein soll, vermag ich nicht einzusehen. Diese Anordnungen sicherten dem ab intestato erbenden Notherben, der durch ein Intestatkodizill etwa mit Vermächtnissen überschwert war, die Ergänzung seines Pflichttheils, und befreiten den letztern von aller Belästigung. Allein jene Sicherheit für einen vollen Pflichttheil hatte er schon vor den genannten Constitutionen in Folge der Anwendung der lex Falcidia auf Intestatfideicommisse, so daß er seinen Pflichttheil selbst dann gewiß hatte, wenn seine Erbsportion völlig erschöpft gewesen wäre (zu vergl. Note 7). Dennoch ließ das herrschende Recht die Kodizillarklausel bei einem testamentum inofficiosum nicht wirken. In der That hatte auch der Grund dieser Unwirksamkeit der Kodizillarklausel mit dem Pflichttheil zunächst lediglich nichts zu thun (zu vergl. Note 9). Diesem Grunde gemäß könnten die Anordnungen Justinians ebenfalls nichts zu ihrer Wirksamkeit beitragen. Nur hieraus erklärt es sich, daß die beiden entscheidenden Stellen (Note 8 und 9) in die Pandekten aufgenommen worden sind, während die betreffenden Constitutionen Justinian's selbst dem Auftrage znr Abfassung der Pandekten schon vorhergegangen waren. In Folge der Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. XVIII. c. 1. reichte die Anwendung der lex Falcidia allerdings nicht mehr aus, um dem Notherben, der etwa durch Intestatkodizille mit Vermächtnissen überbürdet war, den ganzen Pflichttheil zu wahren. Hier mußte man nun noch zu jenen Anordnungen Justinian's seine Zuflucht nehmen. Aber darum war die Kodizillarklausel bei einem testamentum inofficiosum lediglich nicht wirksamer geworden.

11) Zu vergl. Note 9.

12) Wie man auch die Bestimmungen der Novelle beurtheilt, man mag dem sogenannten Nullitäts- oder dem Inofficiositäts-System zugethan sein, so muß man die Kodizillarklausel wirksam sein lassen. Hält man ein testamentum inofficiosum im Sinne der Novelle CXV für nichtig, so hat man ohnehin keinen Grund, der Kodizillarklausel weniger Kraft beizulegen, als ihr da beizulegen ist, wo das Testament wegen Uebergehung eines Suus nichtig ist oder agnatione postumi rumpirt wird. Glaubt man dagegen, es müsse mit der Querela inofficiosi testamenti angefochten werden, so muß man doch zugeben, daß die Rescission des Testaments nicht mehr auf den color insaniae, sondern einfach auf die Vorschrift der Novelle CXV sich stützt. Denn da nach dieser Novelle alle andern Theile des Testaments außer der Erbeseinsetzung bei Kraft bleiben, so kann von einer Fiction, der Erblasser sei nicht sanae mentis gewesen, keine Rede mehr sein. Damit fällt aber der einzige Grund hinweg, welcher vor der Novelle der Wirksamkeit der Kodizillarklausel im Wege stand. Hiezu kommt noch der weitere Umstand. Zur Aufrechterhaltung der in einem testamentum inofficiosum angeordneten Vermächtnisse bedarf es keiner Kodizillarklausel. Sie bleiben nach der ausdrücklichen Vorschrift der Novelle von selbst unange-

fochten, mögen sie singuläre oder universelle Vermächtnisse sein. Die Kodizillarklausel dient nur dazu, die Erbeseinsetzungen in universelle Fideicommisse zu verwandeln. Da nun solche universelle Vermächtnisse, wenn sie namentlich angeordnet sind, volle Gültigkeit haben, und von dem Notherben, der ab intestato erbt, mit Vorbehalt des Pflichttheils anerkannt werden müssen, so ist gar nicht einzusehen, warum nicht auch die Kodizillarklausel soll wirksam sein können. Sie stellt ja nur universelle Vermächtnisse her, welche speciell angeordnet, schon ex testamento gültig wären.

13) Die Novelle CXV hat das Querelrecht der Geschwister lediglich nicht berührt. Es kann daher durch sie eine Aenderung des frühern Rechts nicht bewirkt worden sein.

---

§. 26.

Fortsetzung.

Noch verdient eine Erwägung der Fall, wenn der Erblasser einen Notherben im Irrthum übergangen oder ausgeschlossen hat. Behält man hier das Wesen der Kodizillarklausel im Auge, so wird man:

a) Was sui und postumi sui betrifft, ohne Anstand von der Regel ausgehen können: überall, wo ein solcher Irrthum die Gültigkeit eines Intestatkodizills hemmen würde, da hemmt er auch die Wirksamkeit der Kodizillarklausel; wo er hingegen einem Intestatkodizill nicht hinderlich ist, da äußert auch die Kodizillarklausel ihren gewöhnlichen Einfluß. Denn die Kodizillarklausel verwandelt ja das Testament im vorliegenden Fall regelmäßig in ein Intestatkodizill. An der Hand dieses Grundsatzes gelangen wir zu folgendem Ergebniß.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Uebergehung (praeteritio) von sui und postumi sui in einem Testamente die gleiche Wirkung hat, der Erblasser mag sie wissentlich oder im Irrthum über ihr Dasein oder ihre Erscheinung übergangen haben. Auch

in dem letzten Fall ist das Testament von Anfang an nichtig oder wird agnatione postumi rumpirt [1]).

Ganz anders verhält es sich mit Intestatkodizillen. Während sie einem suus und postumus suus gegenüber vollkommen wirksam sind, sobald der Erblasser über das Dasein des erstern oder die Erscheinung des letztern nicht im Irrthum war, sind sie in Betreff dieser Notherben unwirksam, sobald der Erblasser von dem Dasein des suus nichts wußte, oder über die mögliche Erscheinung des postumus suus sich in einem Irrthum befand, indem er aus irrigen Gründen gar nicht den Gedanken hatte, daß er noch einen solchen postumus erhalten würde. Folglich kann auch die Klausel ein Testament nicht wirksam zu einem Intestatkodizill machen, wenn dasselbe wegen des Daseins eines suus, den der Erblasser im Irrthum übergangen hatte, von Anfang an nichtig ist, oder in Folge der Agnation eines postumus, den der Erblasser im Irrthum über seine mögliche Erscheinung formell unberücksichtigt ließ, rumpirt wird.

Für beide Fälle muß aber die nothwendige Beschränkung hinzugefügt werden: wenn neben dem übergangenen Postumus suus oder neben dem Suus noch andere gleichberechtigte Intestaterben vorhanden sind, die in dem unwirksamen Testamente eingesetzt oder doch nicht im Irrthum übergangen waren, so behält die Kodizillarklausel in Beziehung auf diese immerhin ihre Kraft. Denn auch ein Intestatkodizill würde rücksichtlich der Intestaterben, welche sich der Erblasser als seine voraussichtlichen oder möglichen Intestaterben gedacht hat, insoweit wirksam sein, als ihnen nicht durch die wider die Annahme und Voraussetzung des Erblassers neben ihnen erbenden Sui und Postumi sui ein Theil der Erbschaft entzogen wird [2]). In Rücksicht auf:

b) Liberi im Sinne des prätorischen Rechts, über deren Dasein oder Erscheinung der Erblasser im Irrthum war, ist die Frage von dem Einfluß dieses Irrthums eine müßige. Sind sie präterirt, so daß sie bonorum possessio contra tabulas erhalten, so hat die Kodizillarklausel überhaupt keine Wirksamkeit [3]). Jedenfalls aber könnte sie ihnen gegenüber alsdann keine Wirksamkeit haben, wenn ihre Uebergehung durch Irrthum veranlaßt war [4]).

1) D. de manum. test., XL. 4. l. 29. — Bei einem Soldaten, dessen wissentliche Uebergehung eines formellen Notherben (suus oder postumus suus) wie eine gehörige exheredatio wirkt (J. de exher. liber., II. 13. §. 6), hat gerade die irrthümliche praeteritio die gewöhnlichen Folgen, C. de test. mil., VI. 21. l. 9 und 10. — Zu vergl. §. 27. Note 6 g. d. E.

2) Die im Text aufgestellten Grundsätze belegen sich schon durch folgende einfache Betrachtung. Macht ein Erblasser ein Intestatkodizill, in welchem er seine Intestaterben mit Vermächtnissen belastet, so kann es doch möglicher Weise gar nicht in seiner Absicht liegen, einen Postumus suus oder Suus, an deren Erscheinung oder Dasein er aus Irrthum gar nicht dachte, ebenfalls zu beschweren. Er hat sie, so müssen wir annehmen, nicht beschweren wollen; folglich sind sie auch nicht beschwert. Werden daher die von dem Erblasser in nähere oder fernere Aussicht genommenen Intestaterben durch einen solchen Postumus suus oder Suus ganz verdrängt, so muß auch das Kodizill alle seine Bedeutung verlieren. Das Gleiche muß gelten, wenn der Erblasser ein Testament gemacht hat, in welchem er einen Postumus suus oder Suus aus Irrthum übergeht, dem er aber die Kodizillarklausel anhängt. Diese Klausel kann sich nach der Absicht des Erblassers durchaus nicht auf die übergangenen Notherben beziehen, da er deren Erscheinung und Dasein nicht erwartete und voraussetzte, in Folge seines Irrthums nicht einmal als möglich dachte. Jene Klausel muß vielmehr im Sinne des Erblassers theils mit andern, von den bezeichneten Notherben völlig unabhängigen Weisen der Ungültigkeit oder Unwirksamkeit des Testaments in Verbindung gesetzt werden, theils als auf andere Intestaterben berechnet erscheinen. Mithin darf man ihr auch lediglich keine Wirkung gegen jene Notherben zugestehen. Nur wenn neben dem Notherben noch andere ab intestato erben, die der Erblasser als seine vermuthlichen oder doch möglichen Intestaterben vorausgesetzt und in Rechnung genommen hat, dann fällt jeder Grund hinweg, ein Intestatkodizill oder eine Kodizillarklausel nicht wenigstens in Betreff dieser andern Intestaterben, versteht sich, verhältnißmäßig bei Kraft zu erhalten. — Die hier vertheidigte Anschauungsweise findet, je nachdem man die nachher anzuführende Stelle auffaßt,

entweder eine unmittelbare Bestätigung oder doch jedenfalls einen Anhaltspunkt in den Quellen, D. de jur. codic., XXIX. 7. l. 19. Is, qui unum filium habebat, cum codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus herede eo et quem postea procreavit. adgnatione sui heredis nemo dixerit codicillos evanuisse: igitur *si nihil tum de postumis speravit*, et codicilli non evanescent et quae relicta sunt pro parte dimidia filius, ad quem codicillus factus est, solvere compellitur, non etiam postumus. Sed et si codicillos reliquisset duobus superstitibus filiis decendens, *cum putaret alterum ex his prius decessisse*, simili modo dici potest, omnia perinde debere filium, ad quem scripti sunt codicilli, atque si solus heres extitisset patri: imo dumtaxat partem debet, eorum tamen, quae pro parte praestari non possunt, nihil eorum praestandum; *quoniam illi non fuerit filio ablaturus, nisi solum putaret successorem sibi futurum*. Vor allem fragt es sich hier, was die Redeweise *codicillos ad aliquem scribere* bedeute. Man könnte glauben, sie wolle sagen, es sei Jemand mit Vermächtnissen beschwert worden. Allein so ist es in der That nicht. *Codicillos ad aliquem scribere* oder *facere* heißt einfach: ein Kodizill an Jemanden richten, es an ihn, um in unserer Ausdrucksweise zu reden, adressiren, und die Form dafür war gewöhnlich die römische Briefrichtung (Lucius Titius Sejae heredi suae salutem). Mit dem Inhalt des Kodizills hat dieß gar nichts zu thun. Es gilt hier D. de legat. II. l. 77. §. 26. . . . non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. Daher kann in demselben ein ganz anderer mit Vermächtnissen beschwert sein, als der, an welchen das Kodizill gerichtet worden ist. Zum Beleg nur wenige Stellen; einmal D. de legat. II. l. 33. §. 1. Die Entscheidung Modestin's wäre unbegreiflich, ja unmöglich, wenn die Worte: *Codicillos ad omnes heredes scripsit* besagen wollten, der Erblasser habe in seinem später errichteten (postea) Kodizill, das wir uns für die Zeit Modestin's als ein testamentlich confirmirtes denken müssen, alle seine Erben mit Legaten belastet. Denn in diesem Fall hätte die allgemeine Anordnung des Testaments für die kodizillarischen Legate nicht maßgebend werden können, weil der Erblasser in dem Kodizill eben abweichend alle Erben belastet hat. Sodann liefert den gleichen Beleg D. de legat. III. l. 37. §. 2. Nach dieser ist der Belastete wesentlich zu unterscheiden von dem, an welchen codicilli scripti erant. Denn obwohl der Erblasser ad certam personam codicillos scripserit, so sollte doch ein Anderer als beschwert gelten. Unter diesen Umständen sind wir in Betreff des Falls, den wir der oben ausgeschriebenen Stelle zu unterlegen haben, durchaus ungebunden. Das codicillos ad filium scribere läßt die Frage, wie die fideicommissarische Auflage beschaffen gewesen sei, unentschieden. Denken wir uns nun, 1) der Erblasser habe das Kodizill an seinen Sohn gerichtet (z. B. Sempronio, filio meo Salutem), ohne ihn besonders zu belasten, indem er sich vielmehr allgemein ausdrückte (z. B. Lucio Titio dari volo etc.), so daß alle etwaigen

Erben als beschwert erscheinen, oder indem er sie sogar in einer umfassenden Erklärung ausdrücklich beschwerte (z. B. Quisquis mihi heres erit etc.); so würde der Ausspruch der Stelle den Text unmittelbar bestätigen. Denn während bei der vorausgesetzten Fassung des Kodizills eigentlich alle Erben belastet wären, und in der That auch alle, selbst der postea natus der Regel nach als belastet angesehen werden (D. eod., l. 3. pr. §. 1), bliebe doch hier der Postumus suus, in Betreff dessen der Erblasser *nihil speravit*, und der Suus, über welchen sich der Erblasser im Irrthum befand, unbelastet. Demgemäß müßte natürlich auch die Wirkung der Kodizillarklausel bemessen werden. Auf der andern Seite ließe sich jedoch 2) auch eine solche Fassung des Kodizills denken, wornach eben dem Sohne, an welchen das Kodizill gerichtet war, die Vermächtnisse auferlegt worden waren (z. B. Sempronio filio meo salutem. A te, mi fili, peto etc.). Hier versteht sich nun die Entscheidung der Stelle, daß der Postumus suus oder der Suus, über dessen Erscheinung oder Dasein der Erblasser im Irrthum sich befand, an den Vermächtnissen nicht zu tragen habe, ganz von selbst. Denn der Erblasser hat ihn nicht belastet, sondern nur den Sohn, in welchem er seinen einzigen Erben vermuthete. Der Irrthum des Erblassers ist in der Hinsicht ohne Belang. Auch ohne allen Irrthum würde der nicht belastete Postumus suus oder Suus frei ausgehen. Nur insofern hat der erblasserische Irrthum, auf welchen die Stelle ein großes Gewicht legt, allerdings Einfluß, als selbst der mit Vermächtnissen belastete Sohn eines Theils dieser Last enthoben wird. Man nimmt nämlich an, der Erblasser hätte ihn ohne den Irrthum nicht in dem Umfang bebürdet, in welchem er ihn wirklich bebürdet hat, er hätte ihn vielmehr ohne den Irrthum nur im Verhältniß zu seinem Erbtheil mit Vermächtnissen bebürdet, und es sei deßhalb, nachdem der Irrthum des Erblassers sich aufgeklärt, als wirklicher Wille des Erblassers vorauszusetzen, daß die Vermächtnisse blos in jenem Verhältnisse geleistet werden sollen. Hat nun aber der Irrthum des Erblassers die Folge, daß der wirklich belastete Sohn theilweise entlastet wird, so darf man einem solchen Irrthum wohl auch die Folge geben, daß der Postumus suus und der Suus frei bleibt, wenn etwa der Erblasser seinem Kodizill eine allgemeinere Fassung (wie oben ad 1 vorausgesetzt worden ist) gegeben und dadurch alle seine Erben beschwert haben würde. Denn die Annahme, der Erblasser habe den belasteten Sohn nicht in dem Umfang belasten wollen, in dem er ihn wirklich belastet hat, weil wider sein Vermuthen ein Postumus suus oder Suus neben ihm erbt, berechtigt gewiß auch zu der Annahme, er habe diesen Postumus suus oder Suus selbst nicht belasten wollen, wenn er etwa durch den Inhalt seines Kodizills alle seine Erben belastet hätte. Somit würde unsere Stelle nach der Voraussetzung ad 2 den Text mittelbar, d. h. vermöge eines Schlusses aus ihrer Entscheidung bestätigen, wie sie ihn nach der Voraussetzung ad 1 unmittelbar bestätigt. Die hier erörterte Stelle spricht zunächst von einem Erblasser, der einen Sohn als voraussichtlichen Intestaterben in

Rücksicht nahm, während er über die Erscheinung eines *Postumus suus* oder das Dasein eines *Suus* im Irrthum war. Ich bin zunächst dabei stehen geblieben. Denn es handelt sich hier nur um den Beweis, daß ein Intestatkodizill und folglich auch eine Kodizillarklausel einem solchen Postumus suus oder Suus gegenüber keine Wirksamkeit habe. Die Stelle hat jedoch unverkennbar eine größere Tragweite, die später in einem andern Zusammenhange wird besprochen werden. Dabei wird die Veranlassung nicht fehlen, noch auf andere Stellen (z. B. D. eod., l. 11. — l. 13 pr.), und namentlich umfassender auf die oben angeführte D. eod., l. 3 pr. §. 1. einzugehen.

3) Oben §. 25. zu Note 6.

4) Die Gründe, welche bei Postumi sui und Sui entscheiden, treffen theilweise (zu vergl. Note 2. erste Abtheilung) für liberi im Sinne des prätorischen Rechts unmittelbar zu. Dann aber muß die Analogie dessen, was bei Postumi sui und Sui als Recht anzuerkennen ist, auch für sie zur Anwendung kommen.

---

§. 27.

Fortsetzung.

Anbelangend:

c) Die materiellen Notherben, so ist hier ein doppelter Irrthum von Seiten des Erblassers gedenkbar. Der letztere kann nämlich einmal über das Vorhandensein von materiellen Notherben eben so im Irrthum sein, wie über das Vorhandensein von liberi im Sinne des prätorischen Rechts, von Postumi sui oder von Sui [1]). — Außerdem kann aber der Erblasser auch eine Ursache zur Ausschließung hinzugefügt haben, weil er dieselbe aus Irrthum als vorhanden annahm.

Für den ersten Fall könnte man allerdings versucht sein, die Klausel wirken zu lassen [2]); bei genauerer Erwägung muß man jedoch hievon abstehen. Denn die Stelle, auf welche man sich hiefür berufen könnte, handelt theils nur von dem Irrthum einer bestimmten Art, wobei sie gar keine Verletzung eines materiellen Notherbrechts anerkennt, theils entscheidet sie in einer Weise, mit welcher die Wirksamkeit einer Kodizillarklausel völlig

unvereinbar ist [3]). Man darf daher dieser Klausel hier ebensowenig Kraft beilegen, als wenn formelle Notherben im Irrthum übergangen worden wären; jedoch nicht durchweg aus denselben Gründen. Man muß nämlich unterscheiden:

1) Der Erblasser ist durch einen redlichen Irrthum über das Vorhandensein eines materiellen Notherben zur Errichtung eines Testaments veranlaßt worden, das er ohne denselben nicht errichtet hätte. Hier wird eine Verletzung des materiellen Notherbrechts gar nicht angenommen, sondern dem Notherben außerordentlicher Weise in der Art geholfen, daß er an die Stelle des testamentlichen Erben gesetzt und als testamentlicher Erbe behandelt wird, während die Vermächtnisse natürlich bei Kraft bleiben [4]), von dem Einfluß einer Kodizillarklausel kann unter diesen Umständen keine Rede sein [5]).

2) Es ist zwar der Erblasser durch den Irrthum zur Errichtung eines Testaments erst bestimmt worden, aber der Irrthum war ein nicht hinreichend begründeter, sondern ein mehr leichtfertiger Irrthum; oder der Irrthum hat nicht die Errichtung sondern nur die Einsetzung eines andern Erben in dem Testament veranlaßt, das der Erblasser jedenfalls errichtet haben würde, indem der Erblasser den Notherben in keinem Fall zum ausschließlichen Erben haben wollte. In diesen beiden Fällen wird das Notherbrecht als verletzt behandelt, und dem materiellen Notherben das Mittel gegeben, welches bei verletztem materiellen Notherbrecht eintritt [6]). Allein die Kodizillarklausel kann dessen ungeachtet hier nicht wirken, weil man nicht annehmen kann, daß sie der Erblasser auf den Notherben berechnet habe, über dessen Dasein er, wenn auch leichtfertig, so doch immerhin irrte. Denn auch ein Intestatkodizill würde den materiellen Notherben,

über dessen Dasein der Erblasser im Irrthum war, nicht berühren; so wenig als es unter gleicher Voraussetzung einen formellen Notherben berührt. Andere, neben ihm stehende materielle Notherben hingegen, die der Erblasser wissentlich übergangen hat, werden allerdings von der Kodizillarklausel betroffen [7]).

Für den zweiten Fall, wo der Erblasser nicht über das Vorhandensein des Notherben selbst, sondern nur über die Enterbungsursache in einem Irrthum befangen war, hat die Kodizillarklausel ihre volle Wirkung. Denn wollte man hier ebenfalls dieser Klausel die Geltung versagen, so hieße das dem Erblasser eine Absicht unterstellen, die in seinem letzten Willen, wie wir ihn voraussetzen, keine Begründung, sondern umgekehrt ihren sehr wahrscheinlichen Gegensatz findet [8]). Nur ausnahmsweise könnte hier der Kodizillarklausel ihre Kraft entzogen werden [9]).

1) Zu vergl. D. de inoff. test., V. 2. l. 28.

2) Wegen der in der vorhergehenden Note angeführten Stelle. Zwar ist in ihr von einer Kodizillarklausel keine Rede. Allein da die Stelle die Legate aufrecht erhält, so könnte man glauben, daß auch die Kodizillarklausel wirken müsse. Erstlich können der Legate immerhin so viele sein, daß dem Notherben von der ganzen Erbschaft doch nur sein Pflichttheil verbleibt. Hält die Stelle ein solches Ergebniß mit dem Willen des Erblassers für vereinbar, so daß trotz dem Irrthum diesem Willen genügt sein soll, wenn der Notherbe auch nur den Pflichttheil bekommt, so sollte man meinen, es sei diesem Willen auch angemessen, die Kodizillarklausel aufrecht zu halten. Auch hiebei ist ja dem Notherben der Pflichttheil gesichert. Weiter mußten gewiß schon zur Zeit der Abfassung der Stelle und müssen jedenfalls vom Standpunkte des Justinianischen Rechts aus für einen Fall, wie ihn die Stelle voraussetzt, Fideicommisse jeder Art den Legaten gleich geachtet, d. h. eben so wie Legate behandelt werden. Gesetzt nun, der Erblasser, welcher einen materiellen Notherben im Irrthum überging, hätte ein universelles Vermächtniß angeordnet, so wäre dieß unter Vorbehalt des Pflichttheils ebenfalls bei Kraft zu erhalten gewesen. Warum sollte nun, also ließe sich etwa folgern, nicht auch eine Kodizillarklausel gelten? Sie verwandelt die Erbeseinsetzung in ein universelles Fideicommiß. Diese Verwandlung geschieht jedoch nur in Uebereinstimmung mit dem Willen

des Erblassers, der die Kodizillarklausel hinzugefügt hat, und findet in dem Irrthum kein Hinderniß, da speciell angeordnete universelle Vermächtnisse bei Kraft bleiben. Endlich würde ein Intestatkodizill ungeachtet eines Irrthums, wie ihn die Stelle voraussetzt, im Geiste ihrer Entscheidung unter Vorbehalt des Pflichttheils in voller Wirksamkeit zu erhalten sein, sollte dasselbe auch universelle Vermächtnisse angeordnet haben. Wo aber ein Intestatkodizill wirksam ist, da, scheint es, müsse auch die Kodizillarklausel es sein.

3) Man darf vor Allem nicht außer Acht lassen, daß die Stelle gar nicht von der Unwirksamkeit eines Testaments wegen verletzten Notherbrechts, sondern von der Folge eines Irrthums handelt, der die Veranlassung zur Errichtung des Testaments war. Stellen wir uns auf den Standpunkt des Rechts zur Zeit des Rechtsgelehrten Paulus oder zur Zeit Justinians vor der Novelle CXV, so kann diese Stelle schon deßhalb nicht von einer Unwirksamkeit des Testaments als eines testamentum inofficiosum reden, weil die Legate aufrecht erhalten werden. Dieß deutet denn auch der Schlußsatz an: hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adjicitur: nam, cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet. Dieser Schlußsatz macht darauf aufmerksam, daß hier nicht das Querelrecht eintrete. Es sei, sagt er, als etwas Besonderes bemerkt, etwas Bemerkenswerthes beachtet worden (hic illud adnotatum), daß Hadrian Freiheit und Legate aufrecht erhalte; denn wenn ein Testament als lieblos angefochten werde (cum inofficiosum testamentum arguitur), so gelte von seinem Inhalte gar nichts (nihil ex eo testamento valet). Was ist nun natürlicher als der Schluß, in einem Fall, wie der vorliegende, könne das testamentum gar nicht als inofficiosum angesehen werden? Wo das testamentum inofficiosum ist, da gilt sein ganzer Inhalt nicht; hier aber werden Freiheit und Legate bei Kraft erhalten: folglich erscheint auch das testamentum nicht als inofficiosum. Und für diese Ansicht der Sache bietet sich auch ein höherer Grund dar. Hat ein Erblasser wie die Mutter in unserer Stelle Ursache anzunehmen, sein Notherbe sei gestorben, und errichtet er, durch diesen Irrthum verleitet, ein Testament, worin er andere Erben einsetzt, so kann man mit Recht gewiß nicht sagen, er habe inofficios, d. h. contra officia pietatis gehandelt. Denn Derjenige, gegen welchen er Pietät hätte üben sollen, war ja nach seiner redlichen Meinung gar nicht vorhanden. Derselbe kann sich um so weniger indigne ausgeschlossen halten, als der Erblasser ohne den Irrthum über das Dasein des Notherben gar kein Testament gemacht hätte. Ist nun ein solches Testament nicht als inofficios zu betrachten, so kann der Grund des Hadrianischen Decrets, dem sich Paulus als geltendem Recht anschließt, blos in dem Irrthum liegen, in welchem der Erblasser befangen war. Man nimmt eben an, er habe den vollen freien Willen, wie er für eine Testamentserrichtung vorhanden sein sollte, in Folge eines solchen Irrthums nicht gehabt. Indessen trifft

diese Annahme doch nur das Testament in seinem Wesen, es trifft nur die Erbeseinsetzung. Nebenbestimmungen desselben, Freiheit, Legate werden von dieser Unfreiheit des Willens nicht berührt. Es ist möglich, der Erblasser hätte ohne den Irrthum auch keine Freiheit und keine Vermächtnisse angeordnet, aber es ist blos möglich, nicht sicher, wie wir das bei dem wesentlichen Theil des Testamentes voraussetzen. Es ist eben so gut möglich, er hätte in Intestatkodizillen Freiheit und Vermächtnisse angeordnet, zwar jene nicht direct und diese wenigstens für die Zeit von Hadrian und Paulus nicht in der Form von Legaten; aber praktisch wäre in Beziehung auf die Schmälerung der Hinterlassenschaft für den Notherben beinahe gar kein Unterschied vorhanden gewesen. So erklärt sich leicht, weßhalb man nur die Erbeseinsetzung, nicht aber Freiheit und Legate fallen ließ und im Justinianischen Rechte durch Aufnahme unserer Stelle fallen läßt. Die hier gegebene Erklärung des in Note 1 bezeichneten Pandektenfragments findet ihre Bekräftigung in einem andern Fragment ähnlichen Inhalts, nämlich in D. de hered. inst., XXVIII. 5. l. 92. Was zunächst den in dieser Stelle behandelten Fall betrifft, so ist die Annahme, die in dem ersten Testament eingesetzte Erbin, Pactumeia Magna sei Enkelin des Erblassers gewesen, rein willkührlich. Sie könnte höchstens auf der Aehnlichkeit des Namens (*Pactumeius* Androsthenes, *Pactumeius* Magnus, *Pactumeia* Magna) beruhen. Allein diese Aehnlichkeit weist höchstens auf Verwandtschaft, nicht aber auf Abstammung hin. Was hindert uns, den Pactumeius Magnus als Bruder oder als Vatersbruder, somit als Oheim und seine Tochter als Nichte oder Base des Erblassers anzusehen? Im Gegentheil steht der ganze Inhalt der Stelle jener Annahme entgegen. Es ist doch gewiß nicht wahrscheinlich, daß der Erblasser seine Enkelin zum heres ex asse gemacht, ihren Vater hingegen, seinen Sohn blos substituirt hätte. Sodann klingt die Stelle des Testaments: quoniam heredes, quos volui habere, mihi continere non potui ganz eigenthümlich, wenn der Erblasser damit sagen wollte, weil ich meine Enkelin und meinen Sohn nicht zu Erben haben kann. Nehmen wir umgekehrt an, die Pactumeia und ihr Vater seien etwa nur sonst mit dem Erblasser verwandt gewesen, so erklärt sich der Inhalt der Stelle viel natürlicher. Jedenfalls kommt in der Beschreibung des Falles und in dem ganzen Gange der Erörterung ein Notherbrecht gar nicht zur Sprache. Es berührt sich daher diese Stelle mit D. de inoff. test., l. 28. nur insofern, als, wie in der letzten Stelle die Errichtung eines Testaments überhaupt, so in D. de hered. inst., l. 92. die Errichtung eines neuen Testaments mit anderer Erbeseinsetzung durch Irrthum herbeigeführt ist. Die Entscheidung aber ist ganz die gleiche. Sie stellt Alles auf den Irrthum. Zuerst hebt sie den Zweifel hervor, ob auch Irrthum von Einfluß sein könne, da er doch nur in Betreff des Beweggrundes Statt gefunden habe (licet modus institutione contineretur, quia falsus non solet obesse). Dann aber beseitigt sie diesen Zweifel damit, daß das neue Testament doch

eigentlich den Willen des Erblassers, der durch Irrthum gebunden war, nicht für sich habe, der Erblasser vielmehr die Klägerin zur Erbin wollte (tamen *ex voluntate* testantis putavit Imperator ei subveniendum). Und so geht sie wie l. 28. cit. dahin: hereditatem ad Magnum pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere. Nehmen wir nun beide Stellen zusammen, und ergänzen wir die l. 28. cit. durch die l. 92. cit., so wird es uns klar, daß in der ersten so wenig als in der zweiten das Gewicht auf ein verletztes Notherbrecht gelegt wird, daß aber auch in der ersten Stelle gar kein Gewicht darauf gelegt werden kann, weil man annimmt, der Erblasser habe gerade den zum Erben gewollt, über dessen Dasein er im Irrthum war. Dieser Irrthum ist es einzig und allein, worauf beide Stellen das Augenmerk richten. Welchen Einfluß derjenige Irrthum habe, den sie voraussetzen, diese Frage ist es, womit sie sich beschäftigen. Ganz ferne hingegen liegt ihnen und somit insbesondere der l. 28. die andere Frage, ob in Fällen, wo ein materieller Notherbe aus Irrthum übergangen ist, das Testament aber doch eben wegen verletzten materiellen Notherbrechts angegriffen werden kann, der Irrthum einen Einfluß, und namentlich auf die Kodizillarklausel einen Einfluß habe. Der redliche Irrthum, welchen die Stellen voraussetzen, ist von der Art, daß er die Errichtung eines Testaments veranlaßt, eigentlich die Ursache zu dieser Errichtung abgegeben hat; und wo ein solcher redlicher Irrthum Statt findet, da wird nach l. 28 cit. gar keine Pflichtwidrigkeit und keine Verletzung des materiellen Notherbrechts im rechtlichen Sinne des Wortes angenommen. Hievon ist nun jeder andere Irrthum, neben welchem eine Verletzung des materiellen Notherbrechts anerkannt und ein Angriff des Testaments wegen dieser Verletzung gestattet ist, so wesentlich verschieden, daß die Bedeutung desselben für die Kodizillarklausel aus der Entscheidung der l. 28 und l. 92. cit. weder unmittelbar vermöge der in der vorhergehenden Note entwickelten Gründe, noch mittelbar in Folge von Analogie abgeleitet werden kann und darf. — Wollte man übrigens auch eine solche analoge Anwendung der l. 28 und l. 92. zulassen, so würde man in der Wirklichkeit zu einem ganz andern Ergebniß gelangen, als die in der vorhergehenden Note ausgeführten Gründe zu rechtfertigen scheinen. Es sind in dieser Beziehung besonders wichtig die Schlußworte der l. 92. cit. Sie lauten: perinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta. Sie zeigen die Art und Weise, wie sich der Einfluß des Irrthums geltend macht. Der Erbe, über dessen Dasein der Erblasser im redlichen Irrthum war, so daß er ohne diesen Irrthum gar kein Testament errichtet haben würde, wird in das Testament hinein getragen, wie wenn er in demselben eingesetzt gewesen wäre. Indem man davon ausgeht, der Erblasser habe ihn eigentlich zum Erben gewollt, so ist dieß in der That die einfachste und die zugleich allenthalben ausreichende Aushülfe. Aus ihr rechtfertigt sich von selbst, daß alle Nebenanordnungen des Testaments, Freiheit, Legate 2c. bei Kraft

bleiben. Denn das Testament wird nicht umgestoßen, sondern statt des wirklich eingesetzten Erben ein anderer fictionsweise als Erbe behandelt. Dieser letztere ist demgemäß juristisch als Testamentserbe anzusehen. Zugleich leuchtet es unter diesen Umständen auf den ersten Blick ein, daß hier von der Wirksamkeit einer Kodizillarklausel keine Rede sein könne. Während diese das Testament in ein Intestatkodizill verwandeln und somit Intestaterbfolge zur Grundlage haben würde, tritt hier eigentlich Testamentserbfolge ein. Den Erben, welcher in Rücksicht auf den Irrthum des Erblassers gleichsam dem Testamente einverleibt wird, fictionsweise wie wenn er zum Erben ernannt wäre, als Testamentserben behandeln und zugleich dem thatsächlich eingesetzten Erben gestatten, das Testament vermöge der Kodizillarklausel als Intestatkodizill geltend zu machen, das enthielte einen unlösbaren Widerspruch. Zu vergl. übrigens, die Erklärung der beiden Stellen betreffend, besonders unten Note 6.

4) D. de inoff. test., V. 2. l. 28. junct. D. de hered. inst., XXVIII. 2. l. 92. — Zu vergl. die vorhergehende Note und unten Note 6.

5) Oben Note 3 und die folgende Note.

6) D. de inoff. test., V. 2. l. 27. §. ult. De testamento matris, quae existimans periisse filium, alium heredem instituit, de inofficioso queri potest. Das Verhältniß dieser Stelle zu der unmittelbar folgenden (l. 28) ist nicht ohne Schwierigkeit, die sich um so größer herausstellt, als man die Aufnahme weder der einen noch der andern einem Versehen zuschreiben kann. Beide Stellen stehen in demselben Titel, sind unmittelbar an einander angereiht, und die eine derselben, die l. 28. ist zwischen zwei Fragmenten aus derselben Schrift Ulpians eingeschaltet, ob sie gleich von einem andern Rechtsgelehrten, von Paulus herrührt. Man kann sich daher kaum der Ueberzeugung erwehren, daß die Verfasser der Pandekten die l. 28. ganz geflissentlich auf die l. 27. haben folgen lassen. In welchem Sinne jedoch dieß geschehen, und was die Verfasser der Pandekten mit dieser Zusammenstellung beabsichtigten, das gerade ist die nicht leicht und nicht einfach zu lösende Frage. Es bietet sich nämlich hiefür zunächst ein doppelter Ausweg dar.

a) Man könnte vielleicht denken, sie haben gerade deßhalb die l. 28. an die l. 27. angeschlossen, weil sie sich des Widerspruchs der beiden Stellen bewußt waren, und der doctrinären Ansicht Ulpian's in l. 27. §. ult. ein beseitigendes Gegengewicht in dem Decrete Hadrians geben wollten. Man müßte hier voraussetzen, Ulpian sei, was wohl möglich ist, mit diesem Decrete nicht bekannt gewesen, und die Verfasser der Digesten seien eben davon ausgegangen, daß durch die l. 28. die Ansicht Ulpian's berichtigt werde, indem das Decret Hadrian's als geltendes Recht angesehen werden müsse. — Die Sache so aufgefaßt, hätten wir der l. 28. einfach den Vorzug zu geben. Allein dieser Auffassung steht eine große Bedenklichkeit im Wege. Haben die Verfasser der Digesten die Absicht gehabt, die Meinung Ulpian's

als eine unrichtige zu beseitigen, so wäre es ja viel natürlicher gewesen, den Schlußsatz der l. 27. gar nicht aufzunehmen, statt durch dessen Aufnahme selbst für ihre Zeit eine Veranlassung zu Zweifeln zu geben. Sie konnten doch unmöglich als ihre Aufgabe erkennen, bloßen doctrinären Ansichten, die durch kaiserliche Aussprüche beseitiget waren, einen Platz in den Pandekten anzuweisen, und gerade hiedurch den Grund zu Anständen und Bedenklichkeiten zu legen. Wir müssen daher annehmen:

b) die Verfasser der Pandekten haben in den beiden Stellen keinen Widerspruch gefunden, und gerade deßhalb beide aufgenommen. Aber leugnen läßt sich nicht, daß der Vereinigungspunkt etwas im Verborgenen liegt (Const. Tanta §. 15. . . . . occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit etc.), und daß die verschiedenen Beziehungen, auf welche die beiden Stellen gerichtet sind, und welche den Widerspruch nur als einen scheinbaren darzustellen geeignet sind (Const. Dedit. nobis §. 15. . . . . inest aliquid diversum, quod assumptum alterius generis forte hanc et illam legis positionem apparere faciet), erst aufgesucht sein wollen. Hiebei bieten sich nun wiederum zweierlei Weisen dar, die Stellen gegen einander auszugleichen.

1. Man könnte davon ausgehen, die Aussprüche beider Sellen verhalten sich zu einander, wie die Regel und die nähere Bestimmung der Regel, die l. 27. §. ult. gebe die Regel, daß auch dann, wenn der Erblasser den Notherben im Irrthum materiell nicht bedacht habe, das Notherbrecht als verletzt gelte und die Querela inofficiosi testamenti Statt finde, die l. 28. hingegen bestimme die Regel näher dahin, daß trotz der Querel doch Legate und Freiheit bei Kraft bleiben. Ich will auch ganz und gar nicht in Abrede ziehen, daß der Schlußsatz der l. 28. noch eine Erklärung zulasse, die sich mit dieser Auffassung wohl verträgt (zu vergl. Glossa ad h. l.). Allein auffallend bliebe es immerhin, daß trotz der Querel Legate und Freiheiten aufrecht erhalten werden. Namentlich jedoch steht dieser Erklärung entgegen D. de hered. inst., XXVIII. 5. l. 92. Es ist schon oben (Note 3) bemerkt worden, daß diese Stelle einen ganz ähnlichen Fall voraussetze, wie unsere l. 28., daß sie indessen Alles auf den Irrthum stelle und von diesem Standpunkte aus ihre Entscheidung treffe. Da wäre es denn doch höchst sonderbar, wenn wir die Entscheidung der l. 28. nicht ebenfalls mit dem Irrthum des Erblassers in Zusammenhang brächten. Zwar rührt das in ihr erwähnte Decret von Hadrian her, der Ausspruch in l. 92. cit. von Severus und Caracalla; dieß hindert jedoch keineswegs, in beiden Stellen das gleiche Prinzip vorauszusetzen. Man könnte sogar, wenn man die beinahe gleichlautenden Worte beider Entscheidungen (l. 28. . . . . hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates et legata praestentur etc. — l. 92. . . . . hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere etc.), zu der Annahme versucht sein, es sei die letztere mit Rücksicht auf die erstere erfolgt. Für

das Justinianische Recht insbesondere, in welches beide Stellen aufgenommen worden sind, können wir kaum umhin, den Aussprüchen beider Stellen denselben Grundgedanken zu unterstellen. Es fragt sich daher nur, welches dieser Grundgedanke sei. Offenbar kein anderer als der, wenn der Erblasser durch redlichen Irrthum über das Vorhandensein einer Person zur Errichtung eines Testaments veranlaßt worden sei, so werde diese Person, über welche sich der Erblasser gerade im Irrthum befunden habe, in das Testament hineingetragen und an die Stelle des testamentlichen Erben gesetzt, die Nebenbestimmungen hingegen natürlich aufrecht erhalten (zu vergl. Note 3). Die Eigenschaft des Irrthums als eines, die Errichtung des Testaments veranlassenden, geht aus der l. 92. mit solcher Klarheit hervor, daß dieselbe keiner weitern Erörterung bedarf. Sie ist aber auch in l. 28. zur Genüge angedeutet, indem die Worte: cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset kaum einen andern Sinn zulassen, als daß die Mutter in Folge der falschen Nachricht über den Tod ihres Sohnes zur Errichtung eines Testaments, in welchem sie andere Erben einsetzte, veranlaßt worden sei. — Halten wir dieß fest, so zeigt sich uns:

2. eine sehr einfache Ausgleichung zwischen der l. 27. §. 4. und der l. 28. cit. Die letztere erkennt bei einem redlichen Irrthum der eben bezeichneten Art eine Verletzung des materiellen Notherbrechts aus gutem Grunde gar nicht an, und schließt dem gemäß die Querela inofficiosi testamenti ganz aus, setzt dagegen den Notherben an die Stelle des Testamentserben, und erhält Nebenbestimmungen, wie Freiheit und Legate bei Kraft (zu vergl. Note 3). Die erstere läßt bei einem ähnlichen, die Errichtung des Testaments veranlassenden, aber nicht gerechtfertigten Irrthum natürlich die Querel mit allen ihren Folgen zu. Ich sage natürlich. Denn wo der Erblasser ohne genügende Rechtfertigung, d. h. leichtsinnig einen vorhandenen Notherben als nicht vorhanden annimmt, da verdient sein Irrthum gewiß nicht dieselbe Berücksichtigung wie da, wo ihm trifftige Gründe zur Seite stehen. Während man hier sagen muß, der Erblasser habe keine lieblose Gesinnung an den Tag gelegt, den materiellen Notherben nicht eigentlich verletzt (oben Note 3), so liegt dorten wenigstens in der Leichtfertigkeit des Irrthums ein Zeichen von Gleichgültigkeit und Rücksichtslosigkeit, die an Lieblosigkeit mehr oder weniger nahe anstreift. Der Kern des Unterschieds liegt somit darin, daß die l. 27. §. 4. einen mehr leichtfertigen, die l. 28. hingegen einen redlichen Irrthum voraussetzt. Dieß wird denn auch in beiden Stellen zur Genüge angedeutet. Die l. 27. §. 4. sagt kurzweg von der Mutter: existimans periisse filium. Sie hat eben einfach gemeint, ihr Sohn sei gestorben, ohne sich darum zu kümmern, ob ihre Meinung auch auf einen hinreichenden Grund sich stütze. Die l. 28. ihrer Seits hebt wie geflissentlich die Umstände heraus, welche den Irrthum der Mutter herbeiführten, der Sohn sei Soldat (filium militem)

gewesen, und der Mutter die freilich unrichtige Nachricht hinterbracht worden, er sei gestorben (falso audisset decessisse); als ob sie darauf hinweisen wollte, daß die Mutter sich nicht grundlos der Meinung überlassen habe, ihr Sohn lebe nicht mehr. Ganz ähnlich wie l. 28. setzt auch D. de hered. inst., l. 92. offenbar einen redlichen Irrthum voraus, indem auch sie die erzeugenden Momente desselben ausführlich bemerkt (Pactumeio Magno occiso, et rumore perlato, quasi filia quoque ejus mortua, mutavit testamentum etc.). Dieß dürfte mit zum Beleg dienen, daß wir die l. 28. und l. 92. nicht auseinander halten dürfen, daß sie sich vielmehr ergänzen; in beiden walten dieselben Voraussetzungen und dasselbe Prinzip.

Außer einem die Errichtung des Testaments veranlassenden Irrthum kann ein Erblasser noch in einer andern Art von Irrthum seinen materiellen Notherben unbedacht übergehen. Er kann nämlich für alle Fälle entschlossen sein, ein Testament zu errichten, nur hätte er seinen Notherben, wenn er dessen Dasein gekannt hätte, nicht übergangen. Er überging ihn, weil er über ihn im Irrthum war. Es würde also der Erblasser unter allen Umständen noch andere Personen neben dem Notherben zu Erben eingesetzt, und den letztern, wäre er über ihn nicht im Irrthum gewesen, nur neben andern bedacht haben. Wie ist nun dieser Irrthum zu beurtheilen, nach l. 27. §. 4. oder nach l. 28? Mit andern Worten, wird bei einem solchen Irrthum der Notherbe ebenfalls als Testamentserbe behandelt, während Vermächtnisse bei Kraft bleiben, oder hat man hier eine Verletzung des materiellen Notherbrechts anzunehmen und dem Notherben das gewöhnliche Rechtsmittel, die Querel zu gestatten? Meiner Ansicht nach muß hier die l. 27. §. 4. zur Anwendung kommen und folglich dem Notherben ein Querelrecht zugestanden werden. Denn die Gesinnung des Erblassers ist bei dem hier vorausgesetzten Irrthum eine ganz andere, als wenn derselbe durch redlichen Irrthum erst zur Errichtung des Testaments veranlaßt worden ist. In dem letzten Fall würde der Erblasser ohne den Irrthum dem Notherben die volle Ehre der Intestaterbfolge gelassen und ihm höchstens durch ein Intestatkodizill und die in demselben angeordneten Vermächtnisse etwas entzogen haben. Bei dem Irrthum hingegen, von welchem jetzt die Rede ist, hätte der Erblasser auch ohne Irrthum den Notherben nicht zur Intestaterbfolge, sondern ex testamento, aber neben ihm noch andere Personen gerufen. So hätte er den Notherben zwar nicht ganz übergangen, er hätte ihn ohne den Irrthum nicht völlig lieblos, aber auch nicht mit der Liebe behandelt, wie sie die l. 28. voraussetzt. Seine Gesinnung gegen den Notherben war mithin, selbst wenn er redlich über dessen Dasein irrte, eine mehr gleichgültige und rücksichtslose, und nähert sich dem gemäß mehr der Gesinnung, wie sie dem in l. 27. §. 4. unterstellten ungerechtfertigten Irrthum zu Grunde liegt. Hiezu kommt noch folgende Betrachtung. Hat sich der Erblasser im Irrthum über das Dasein des Notherben zur Errichtung eines Testaments überhaupt erst bewegen lassen, so stimmt es mit

seinem Willen vollkommen überein, die Testamentserben zu beseitigen und den Notherben als Testamentserben zu behandeln, also dem Notherben ex voluntate testantis, um einen Ausdruck von D. de hered. inst., l. 92. zu gebrauchen, zu Hülfe zu kommen. Diese Aushülfe ist bei dem Irrthum, von dem es sich jetzt handelt, völlig unzulässig, da der Erblasser die entschiedene Absicht hatte, neben ihm noch andere Personen zu Erben zu machen. Würde man hier alle Testamentserben ausschließen, so würde man geradezu gegen den Willen des Erblassers verstoßen. Schließt man sie aber nicht alle aus, so fehlt ja in der Regel jeder Anhaltspunkt darüber, welche Testamentserben und in welchem Verhältniß man sie auszuschließen, an wessen Statt oder in welchem Verhältniß man den Notherben als Testamentserben zu behandeln habe. Indessen bleiben noch zwei Punkte zu erwägen übrig.

Erstlich könnte man fragen, weßhalb denn nicht die l. 27. §. 4. und die l. 28. in der Weise vereinigt werden sollen, daß jene die allenthalben ohne Rücksicht auf die Art des Irrthums durchgreifende Regel, diese hingegen und ebenso die mehr erwähnte l. 92. nur die ganz eigenthümliche Entscheidung eines einzelnen, für das Recht im Ganzen bedeutungslosen Falles enthalte? Hierauf jedoch möchte ich Folgendes antworten. Schon Paulus hätte weder das Decret von Hadrian, noch das von Severus und Caracalla in seine Schriften aufgenommen, wenn er diese Decrete nicht als generelle betrachtet haben würde. Denn als Entscheidungen einzelner besonderer Fälle, ohne daß sie für andere ähnliche normgebend sein sollten, boten sie gewiß keine Veranlassung dar, Sammlungen von gerichtlichen Entscheidungen einverleibt zu werden. Für das Justinianische Recht kann jedenfalls die Aufnahme unserer Stellen in die Digesten gar keine andere Bedeutung haben, als daß sie maßgebend für ähnliche Verhältnisse sein sollen. Außerdem und wenn sie blos als Aussprüche über specielle Verhältnisse betrachtet worden wären, ohne daß die ihnen zu Grund liegende Regel auch anderwärts unter ähnlichen Voraussetzungen zur Anwendung kommen dürfte, wäre ihre Aufnahme völlig unbegreiflich, ich möchte fast sagen, gedankenlos gewesen.

Eine zweite Frage ist die, wie kommt es und womit rechtfertigt es sich, daß die praeteritio eines formellen Notherben, eines suus oder eines postumus suus die gleiche Wirkung habe, sie mag wissentlich oder irrthümlich, aus diesem oder jenem Irrthum erfolgt sein, daß hingegen die Uebergehung eines materiellen Notherben, wenn der Erblasser durch redlichen Irrthum über sein Dasein zur Errichtung eines Testaments bestimmt worden ist, gar nicht als eine Verletzung des Notherbrechts angesehen und behandelt wird? Auch hierauf liegt die Antwort nicht in der Ferne. Bei dem formellen Notherbrecht kommt es blos darauf an, daß der Erblasser in gehöriger Weise über Einsetzung oder Enterbung des Notherben sich ausspreche, nicht auf seine Gesinnung dem letztern gegenüber. Er kann seinen formellen Notherben in so wenig einsetzen, daß die Einsetzung kaum nennenswerth ist, und er

kann ihn schlechthin enterben — hat er nur das eine oder andere gethan, so ist dem formellen Notherbrechte genügt. Hat er hingegen weder gehörig eingesetzt noch gehörig enterbt, so treten eben die Folgen der praeteritio ein. Das Motiv der praeteritio ist völlig gleichgültig; es liegt einmal keine Erklärung des Erblassers vor, wie sie vorliegen sollte. Mithin kann auch ein Irrthum des Erblassers, welcher Art er sei, lediglich nichts ausmachen. Ganz anders verhält es sich mit dem materiellen Notherbrechte. Hiebei wird wesentlich auf die Gesinnung des Erblassers gegen den Notherben gesehen. Es ist die Lieblosigkeit des seinen Notherben materiell nicht auf die rechte Weise bedenkenden Erblassers, und es ist die in dieser lieblosen Behandlung liegende Kränkung (indignatio) des Notherben, das ihm durch diese Kränkung zugefügte Unrecht (injuria), worauf der Angriff des Testaments beruht. Da bringt es denn die Natur der Sache mit sich, daß man das Motiv des Erblassers nicht außer Acht läßt. Und wenn es nun in einem redlichen, die Errichtung des Testaments überhaupt veranlassenden Irrthum gelegen ist und demnach alle und jede Lieblosigkeit durchweg ausschließt, so würde man beinahe die ganze Grundlage der Querela verkehren, wollte man das Testament als liebloses (inofficiosum) beurtheilen. Hier bleibt nur eine außerordentliche Hülfe, wie sie die Kaiser überhaupt für einen solchen Irrthum angeordnet haben.

7) Die Gründe, wie sie der Text kurz hervorhebt, sind hier die gleichen bereits oben (zu vergl. §. 26. Note 2) für die formellen Notherben entwickelten. Mag der Erblasser immerhin aus einem ungerechtfertigten Irrthum über das Dasein des Notherben ein Testament errichtet und den Notherben in demselben nicht bedacht haben, so kann es doch, da er einmal, wenn auch leichtfertig irrte, gar nicht in seiner Absicht gelegen sein, die dem Testamente hinzugefügte Kodizillarklausel dem N o t h e r b e n gegenüber auf die Erbeseinsetzung zu beziehen. Wir würden daher, wenn wir in Folge der Kodizillarklausel die Erbeseinsetzung in ein universelles Fideicommiß verwandelten und den N o t h e r b e n damit belasteten, die Klausel über die Sphäre hinaus erweitern, die ihr der Erblasser angewiesen hat und nach seinem Irrthum anweisen konnte. Dasselbe gilt auch von dem Fall, wo der Erblasser durch den Irrthum zwar nicht zur Errichtung des Testaments, aber doch dazu veranlaßt wurde, daß er den Notherben in seinem Testamente überging. Es ist auch hier nicht gedenkbar, daß der Erblasser die Kodizillarklausel auf den N o t h e r b e n und i h m gegenüber auf die Erbeseinsetzung bezogen habe. — In der That würde auch ein Intestatkodizill, das der Erlasser gemacht hätte, den materiellen Notherben ebenso wenig treffen, wenn der Erblasser über dessen Dasein im Irrthum war, als es bei gleichem Irrthum den Suus oder den postumus suus trifft, und die Gründe sind da wie dorten die gleichen. Die oben §. 26. Note 2) erörterte Stelle (D. de jur. codic., l. 19) trägt offenbar gar nicht das Gepräge an sich, als ob sie etwas Eigenthümliches für den suus oder postumus suus fest=

setzen wollte, über deren Dasein oder Erscheinung der Erblasser im Irrthum befangen war. Denn sie geht gewiß davon aus, dem Kodizill blos die Wirkung einzuräumen, welche ihm der Erblasser nach Wahrscheinlichkeit eingeräumt hätte, wäre er nicht in einem Irrthum gewesen. Es ergibt sich dieß so klar als nur immer möglich aus dem Schlußsatze der Stelle (quoniam illi non fuerit filio ablaturus, nisi solum putaret successorem sibi futurum (zu vergl. oben §. 26. Note 2). Nun diese Wahrscheinlichkeit ist bei dem Irrthum über materielle Notherben in der That keine geringere als bei dem über formelle. Sollte denn das Kodizill einer Mutter, die über das Dasein eines Sohnes oder einer Tochter, und das Kodizill einer Großmutter, die über das Dasein eines Enkels oder einer Enkelin, und umgekehrt das Kodizill eines Descendenten, der über das Dasein eines mütterlichen Ascendenten im Irrthum war, sollte also das Kodizill eines mütterlichen Ascendenten einem Descendenten als Notherben gegenüber und vice versa unter ähnlichen Voraussetzungen, wie sie die l. 19. für das Kodizill eines väterlichen Ascendenten in Betreff seines suus oder seines postumus suus macht, nicht mit allem Rechte nach dem gleichen Grundsatze beurtheilt werden? Zu vergl. übrigens die Schlußbemerkung in §. 26. Note 2.

8) Man darf die Analogie dessen, was für den Irrthum über das Dasein des Notherben gilt (die vorherg. Note) nicht für den Irrthum in der Enterbungssache geltend machen. Denn die Beziehungen des einen und des andern Irrthums zu dem Willen des Erblassers sind wesentlich verschieden. — Bei dem Irrthum über das Dasein eines materiellen Notherben hat die Kodizillarklausel keine Wirkung; nicht deßhalb, weil der Erblasser ohne den Irrthum den Notherben nicht ausgeschlossen, der Notherbe das Testament nicht umgestoßen, und folglich die Kodizillarklausel keine Anwendung gehabt hätte. Ein solcher Schluß wäre kaum zu begründen. Denn daraus, daß ohne den Irrthum keine Gelegenheit wenigstens von Seite des Notherben aus vorhanden gewesen wäre, die Kodizillarklausel zur Anwendung zu bringen, folgt doch gewiß nicht, daß diese Klausel auch dann keine Wirkung habe, nachdem durch den Notherben das Testament als inofficios umgestoßen worden und in Folge davon ein Fall eingetreten ist, wo von ihr die Rede sein kann. Vielmehr wird, wenn der Erblasser über das Dasein des Notherben im Irrthum war, die Kodizillarklausel aus dem Grunde als wirkungslos angesehen, weil sie der Erblasser gar nicht auf den Notherben berechnet hatte, mithin den Notherben durch sie nicht belasten wollte. — Ganz anders stellt sich die Sache dar bei dem Irrthum über die Enterbungsursache. Allerdings kann man auch hier sagen, ohne diesen Irrthum hätte der Erblasser den Notherben nicht ausgeschlossen, und würde der letztere mindestens keine Veranlassung zur Verwirklichung der Kodizillarklausel geworden sein. Allein dieß reicht nicht aus, um der Kodizillarklausel einen Einfluß auf den Notherben zu versagen, wenn dieser eben das Testament

als inofficios angegriffen und seinen Angriff durchgesetzt hat. Umgekehrt, wenn man auf das sieht, was hier allein entscheidet, auf den Willen des Erblassers, wird man gar nicht umhin können, diese Klausel wesentlich auch auf den Notherben zu beziehen und ihn in Betreff der durch ihn umgestoßenen Erbeseinsetzung mit einem universellen Vermächtniß zu beschweren. Der Erblasser hat einmal im Irrthum über die Enterbungssache den Notherben ausgeschlossen. Da konnte er sich denn doch nicht verbergen, daß über den Ausschluß und die Enterbungssache Streit entstehen, und in diesem Streit der eingesetzte Erbe aus Mangel an genügendem Beweis für diese Ursache unterliegen möchte. Fügte er nun die Kodizillarklausel hinzu, so muß man nach Gründen hoher Wahrscheinlichkeit annehmen, der Erblasser habe den materiellen Notherben zunächst ganz ausschließen, jedenfalls aber durch die Kodizillarklausel mit einem universellen Vermächtniß beschweren und auf den Pflichttheil einschränken wollen. Je stärker der Irrthum des Erblassers, mit andern Worten, je fester er von der Wirklichkeit der Enterbungsursache überzeugt war, desto mehr mußte er davon ausgehen, sein Erbe würde nur aus Mangel an Beweis oder gar mit Unrecht verlieren, und in desto höherm Grade wahrscheinlich ist es, er habe die Kodizillarklausel besonders mit Rücksicht auf den ausgeschlossenen Notherben, wenn auch nicht einzig deßhalb hinzugefügt. Somit lag es gerade in der Absicht des Erblassers, den Notherben wenigstens darin zu beschweren, daß sich die Erbeseinsetzung vermöge der Kodizillarklausel in ein universelles Fideicommiß verwandele. Während also bei dem Irrthum über das Dasein des Notherben die Kodizillarklausel unwirksam ist, weil sie der Erblasser auf den Notherben nicht berechnet hat, muß sie in entgegengesetzter Weise bei dem Irrthum über die Enterbungsursache gerade darum ihre Wirksamkeit äußern, weil sie der Erblasser mit Rücksicht auf den Notherben dem Testamente angehängt hat. — Dieß bestätigt sich dann auch von einem andern Standpunkte aus, der zugleich eine nähere Bestimmung an die Hand gibt.

9) Hätte nämlich ein Erblasser, welcher über das Dasein seines materiellen Notherben im Irrthum war, ein Intestatkodizill gemacht, so würde dieser Notherbe von dessen Bestimmungen nicht berührt werden, weil man voraussetzt, er, der Erblasser, habe denselben nicht belasten w o l l e n (zu vergl. oben Note 7 und §. 26. Note 2). Wenn hingegen der Erblasser seinen materiellen Notherben durch ein Intestatkodizill mit einem universellen Vermächtniß belastet, weil er im Irrthum sogar eine Enterbungsursache gegen ihn zu haben glaubt, so wird Niemand das Vermächtniß deßhalb für ungültig erachten. Denn dieser Irrthum wäre ja nur ein Irrthum im Motiv, der dem Vermächtniß nicht im Wege steht. Falsa causa non nocet, oder wie man sich ausdrückt, falsus modus non solet obesse (J. de legat., II. 20. §. 31. — D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 17. §. 2. — D. de hered. inst., XXVIII. 5. l. 92). Auf die Kodizillarklausel angewendet, führt dieß zu dem Ergebniß. Da in Folge derselben das Testament zu

einem Intestatkodizill und die Erbeseinsetzung zu einem universellen Vermächtniß umgewandelt wird, so nimmt die Enterbungsursache von selbst den Charakter eines Motivs an. Um ihretwillen hat der Erblasser den Notherben zunächst ganz ausgeschlossen; sofern er aber um ihretwillen auch die Kodizillarklausel auf den Notherben berechnet hat, insofern erscheint sie gerade als Beweggrund der Belastung des Notherben, und steht mithin, obgleich irrig, dem universellen Vermächtniß nicht hindernd entgegen. — Von hier aus zeigt sich jedoch sogleich die Ausnahme des im Texte aufgestellten Grundsatzes. Unter Umständen nämlich hat, wie später am gehörigen Orte weiter ausgeführt werden wird, ein Irrthum im Motiv für die Anordnung einzelner Vermächtnisse allerdings die Wirkung, daß solche Vermächtnisse exceptivisch entkräftet werden. Es geschieht dieß dann, wenn der Beschwerte nachweisen kann, der Erblasser würde ohne den Irrthum das Vermächtniß gar nicht angeordnet haben (D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 72. §. 6). Demnach muß auch die Kodizillarklausel exceptivisch ihre Kraft verlieren, wenn der Notherbe beweisen kann, daß ihn der Erblasser ohne den Irrthum nicht einmal mit einem universellen Vermächtniß belastet haben würde.

---

§. 28.

Fortsetzung.

Wenn man auch als Regel annehmen kann, daß in einem Testamente Bedachte alsdann nicht zur Kodizillarklausel greifen werden, wenn das Testament als solches wirksam sein kann, so steht doch lediglich nichts im Wege, daß selbst in dem Fall, wo das Testament als durchaus gültig und kräftig sich darstellt, der eingesetzte Erbe oder ein Vermächtnißnehmer auf die Kodizillarklausel sich berufe und das Testament als Intestatkodizill geltend mache [1]. Noch viel mehr muß man es zulässig finden, daß testamentlich Bedachte allenthalben, wo die Gültigkeit und Wirksamkeit eines Testaments von vornen herein Zweifeln unterliegt, die Kodizillarklausel zur Hand nehmen und vermittelst derselben den letzten Willen als Kodizill zur Wirksamkeit bringen. Es wird dieß sogar im Leben der am meisten vorkom-

mende Fall sein, wo die Kodizillarklausel zur Anwendung gebracht wird.

Uebrigens kann die Kodizillarklausel nicht blos in dem Testamente selbst, sondern auch in einem spätern testamentlichen Kodizill enthalten sein [2]), und sie hat hier nicht minder Wirkung, als wenn sie in dem Testament selbst stünde.

1) Es könnte zwar scheinen, daß in Rücksicht auf den Willen des Erblassers die Kodizillarklausel nur dann geltend gemacht werden dürfe, wenn die Wirksamkeit des Testaments Bedenklichkeiten unterworfen ist. Denn der Erblasser, also möchte man zu schließen geneigt sein, füge die Kodizillarklausel nur eventuell und für den Fall hinzu, wenn sein letzter Wille nicht als Testament gelten würde (zu vergl. D. qui test. fac. poss., XXVIII. 1. l. 29. §. 1. — de legat. II. l. 88. §. ult.); folglich, ließe sich weiter behaupten, dürfe auch der eingesetzte Erbe nicht nach Belieben, sondern nur unter der Voraussetzung, daß sich das Testament nicht als solches aufrecht erhalten lasse, zur Kodizillarklausel greifen. Doch diese ganze Argumentation ist nicht stichhaltig. Dürfte der Erbe nur in dem Fall, wo der letzte Wille nicht als Testament aufrecht erhalten werden könnte, auf die Kodizillarklausel sich berufen, so müßte er auch allenthalben, wo Zweifel oder gar schon Streit über die Gültigkeit des Testaments obwalten, den letzten Willen zuerst als Testament geltend machen und könnte die Kodizillarklausel nicht früher für sich in Anspruch nehmen, als bis richterlich das Testament für kraftlos erklärt wäre. Denn vor einer solchen richterlichen Entscheidung wüßte man ja nicht, ob der letzte Wille wirklich nicht als Testament zu bestehen vermöge. Nun kann es aber gewiß nicht in dem Willen des Erblassers gelegen sein, dem Erben die Verpflichtung aufzulegen, daß er allenthalben, wo die Kraft des Testaments einer Beanstandung oder Anfechtung unterliegt, vorerst einen Prozeß führe und die Kodizillarklausel nicht bälder für sich geltend mache, als bis er denselben verloren hätte. Hiezu kommt aber noch die Bestimmung des neuesten Rechts: der Erbe solle die Wahl haben, das Testament als Testament oder vermöge der Kodizillarklausel als Kodizill in Anspruch zu nehmen, und er sei mit Ausnahme weniger Personen nicht befugt, die einmal getroffene Wahl zu ändern (C. de codic., VI. 36. l. 8. pr. §. 1.). Schon mit dem Wahlrecht an sich ist es unvereinbar, den eingesetzten Erben zu nöthigen, daß er den letzten Willen zuerst als Testament geltend mache. Denn das wäre kein Wahlrecht, müßte der Erbe den letzten Willen zuerst als Testament erklären und zu behaupten suchen und dürfte zur Kodizillarklausel nur dann seine Zuflucht nehmen, wenn er diese Behauptung nicht hätte durchführen können. Vollends aber undenkbar ist eine solche Nöthigung, nachdem die

einmal vorgenommene Wahl unabänderlich ist, folglich der Erbe, hätte er den letzten Willen als Testament geltend gemacht, gar nicht mehr zur Kodizillarklausel zurückkehren könnte. So müssen wir es dem eingesetzten Erben auch in dem Fall, wo das Testament als solches scheinbar keinem Anstand unterworfen ist, gestatten, an die Kodizillarklausel sich zu halten. Auch ein scheinbar kräftiges und unanfechtbares Testament kann früher oder später, ohne daß man sich dessen versehen hätte, einem Angriff unterliegen. Daher muß es dem eingesetzten Erben überall und unter allen Umständen überlassen bleiben, gleich Anfangs das Testament nicht als solches, sondern vermöge der Kodizillarklausel als Kodizill in Anspruch zu nehmen. In der That kennt das Gesetz auch keinen Unterschied. Es setzt ein, nur e i n m a l und gleich Anfangs auszuübendes Wahlrecht fest (C. l. c. . . . . qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse), ohne zu unterscheiden, ob Zweifel gegen das Testament vorhanden sind, ob seine Wirksamkeit bestritten wird, oder nicht. Auch steht dieses allgemeine Wahlrecht mit dem Willen des Erblassers keineswegs im Widerspruch. Dieser geht allerdings zunächst dahin, daß das Testament als Testament gelte — sonst würde der Erblasser es nicht als Testamet errichten — und nur eventuell als Kodizill. Allein hiemit soll dem Erben keine Beschränkung in der Art auferlegt werden, wie er den letzten Willen geltend mache. Der Sinn ist vielmehr der, der letzte Wille solle als letzter Wille in irgend einer Weise zur Wirksamkeit gelangen (D. qui test. fac. poss., XXVIII. 1. l. 29. §. 1. . . . quacunque ratione poterit . . omnimodo valere ea, quae reliquit, etiam si intestatus decessisset. Zu vergl. D. de legat. II. l. 88. §. ult.), sei es als Testament oder als Kodizill (C. l. c. pr. . . . . pro codicillis *etiam* id valere etc. §. 1. . . . . ut vim *etiam* codicillorum scriptura debeat obtinere etc. §. 2. . . . . quod testator vicem *quoque* codicillorum voluit obtinere). Die Weise jedoch, wie er zur Wirksamkeit gelange, überläßt der Erblasser dem eingesetzten Erben. Dieß liegt auch in der Natur der Sache. Der eingesetzte Erbe kann am Besten ermessen, in welcher Art er den letzten Willen zur Geltung zu bringen habe. Der Wille des Erblassers und das Interesse des Erben treffen hier so sehr zusammen, daß der Erblasser ganz natürlich den Erben anheimstellt, wie er dem letzten Willen Kraft verschaffe. Wenn je etwas dem Willen des Erblassers Eintrag thut, so ist es nicht das dem Erben verliehene allgemeine Wahlrecht, sondern umgekehrt die gesetzliche Beschränkung des Erben, wornach er gleich von Anfang wählen solle und von seiner Wahl nicht mehr abgehen könne.

2) Arg. D. de legat. III. l. 9., vorausgesetzt, daß in dieser Stelle von einem Kodizill die Rede ist (zu vergl. oben §. 19. Note 19. — §. 25. Note 4). Abgesehen jedoch hievon kann der Grundsatz im Texte keinem irgend begründeten Zweifel unterliegen.

§. 29.

Fideicommiß ohne Testament und Kodizill.

In der Absicht, zu dem ursprünglichen Recht der Fideicommisse zurückzukehren [1]) und den Begründer dieses Rechts, den Kaiser Augustus noch zu übertreffen [2]), hat Justinian bestimmt, es solle auch:

III. Ohne eine förmliche letztwillige Erklärung [3]), d. h. ohne Testament und Kodizill ein Vermächtniß wirksam angeordnet werden können [4]). Ein auf diese Weise angeordnetes Vermächtniß könnten wir im Sinne Justinian's vorzugsweise *fidei commissum* nennen [5]).

Ein solches Fideicommiß kann jeder anordnen, der überhaupt ein Vermächtniß verschaffen kann [6]); es mag einem jeden auferlegt werden, der mit einem Vermächtniß belastet werden kann [7]); Gegenstand desselben ist Alles, was überhaupt Gegenstand eines Vermächtnisses sein darf, mithin auch die Erbschaft selbst oder ein aliquoter Theil derselben [8]). Wesentlich ist jedoch, daß:

a) das Fideicommiß dem Belasteten selbst, ihm persönlich von dem Erblasser auferlegt werde, damit dasselbe einzig und allein von der fides des erstern abhänge [9]), und aus dem gleichen Grunde muß:

b) die Auflage von Seiten des Erblassers mündlich geschehen [10]). Schriftliche Anordnung ist ebensowenig zuläßig, als Anordnung unter Abwesenden [11]). Nur ausnahmsweise könnte eine schriftliche Anordnung wirksam sein; nämlich alsdann, wenn der Erblasser selbst dem Belasteten persönlich die Schrift mit der Erklärung übergeben würde, daß er den darin enthaltenen Verfügungen nachkommen solle [12]). Dagegen steht Anordnung durch Zeichen der mündlichen gleich [13]).

In Rücksicht auf diese Voraussetzungen ist zwar auch die neue Art fideicommissarischer Anordnungen in gewissem Betracht an eine Form gebunden; sie darf jedoch dessen ungeachtet im Vergleich mit Testament und Kodizill wohl als eine unförmliche oder formlose bezeichnet werden.

Uebrigens kann ein solches formloses Fideicommiß neben einem förmlichen letzten Willen angeordnet werden, und zwar auf doppelte Weise. Einmal so, daß ein mit Testament oder ein ohne Testament, aber mit Kodizill versterbender Erblasser noch außerdem einen Bedachten persönlich und mündlich mit einem Fideicommiß beschwert [14]). Zweitens in der Art, daß ein Erblasser, welcher in einem Testament oder Kodizill ein Vermächtniß verschafft hat, dasselbe Vermächtniß noch überdieß zum Gegenstand einer unförmlichen fideicommissarischen Verfügung macht [15]). In dem letztern Falle indessen muß der Fideicommissar wählen, ob er den förmlichen oder den unförmlichen letzten Willen geltend machen wolle; und er kann, hat er den ersten ohne Erfolg zur Grundlage seines Anspruchs genommen, nicht mehr zu dem zweiten zurückkehren, und, ist er mit seiner Berufung auf diesen unterlegen, nicht mehr nach jenem greifen [16]).

Den Beweis anbelangend, so ist unter Ausschluß aller andern Beweismittel blos Eideszuschiebung als Beweismittel statthaft. Der zugeschobene Eid aber muß von dem Belasteten, will er anders nicht sachfällig werden, ausgeschworen werden. Eine Zurückschiebung ist eben so wenig zulässig als eine Gewissensvertretung [17]). Die vorgängige Ableistung eines jarumentum calumniae kann er verlangen [18]).

Auch dann ist die Eideszuschiebung das rechtlich allein mögliche Beweismittel, wenn es sich nicht von dem Fideicommiß an

sich, sondern von dem Gegenstande oder der Größe desselben handelt [19]).

1) J. de fideicom. hered., II. 23. §. 12. Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen quam substantiam acceperunt, et ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit: nuper et nos, eundem principem superare contendentes .... constitutionem fecimus etc.

2) J. l. c. ..... *eundem principem superare contendentes* etc. Nicht ohne Grund konnte Justinian sagen, er habe Augustus zu übertreffen gesucht. Vor Augustus waren Fideicommisse ein Institut der Sitte, nicht des Rechts, wesentlich abhängig von der fides des Beschwerten, der jedoch gerade die Sitte Nachdruck gab. Augustus ward die Veranlassung, daß sie ein Rechtsinstitut wurden. Nachdem sie aber dieß geworden waren, beruhete ihre Wirksamkeit als rein rechtliche nicht mehr auf der fides des Beschwerten, sondern auf der letztwilligen Erklärung des Erblassers. Die fides, als Grundlage des Instituts, war nur noch bemerkbar in seiner rechtlichen Auffassung und Behandlung; Fideicommisse wurden viel freier als Legate behandelt und nach bona fides beurtheilt (oben §. 1). Die letztwillige Erklärung, worin sie angeordnet wurden, war eine völlig formlose, und blieb es bis auf Constantin; es bedurfte nur des Beweises, daß eine solche Erklärung vorhanden und in ihr bestimmte Fideicommisse angeordnet worden seien. Dieser Beweis konnte auf jede Art geführt werden, durch welche ein Beweis geführt werden mochte (zu vergl. §. 1. zu Note 2. — §. 17. Note 1 ff.). Zu diesem ursprünglichen Recht der Fideicommisse, wie es durch Vermittlung des Kaisers Augustus begründet worden war, ist nun Justinian zurückgekehrt, insofern er eine formlose letztwillige Anordnung für ausreichend erklärte, um ein Recht auf ein Fideicommiß zu begründen. Er ist aber noch darüber hinausgegangen, und hat Augustus so zu sagen übertroffen, indem er, wie sich später zeigen wird, wiederum die fides des Beschwerten als wesentliche Grundlage der Wirksamkeit hinstellte. Denn er hat den Beweis der letztwilligen Anordnung nur durch Eidesdelation, mithin nur auf eine Weise zugelassen, wo wiederum alles von der Gewissenhaftigkeit, der religio, der fides des Beschwerten abhängt (zu vergl. unten Note 9, 10 und 14, und vorläufig C. de fideicomm., VI. 42. l. ult. .....: cum ipse sibi judex et testis inveniatur, cujus *religio et fides* a fideicommissario electa est ..... quemadmodum ad extraneam fidem decurratur propria et indubitata *fide* relicta etc.). Dadurch nähert sich die Verordnung Justinian's der voraugustischen Zeit, in welcher die fides des Beschwerten vom sittlichen Standpunkt aus maßgebend war. Justinian gewährte dem Bedachten ein Recht. Hiemit zog er die fides des Beschwerten in die rechtliche Sphäre herein, paßte aber doch, indem er

Alles auf sie stellte, das Fideicommiß seinem ursprünglichen Wesen mehr an, und übertraf somit seinen Vorgänger Augustus.

3) In diesem Sinne nehme ich die Worte von C. l. c. . . . . sine scriptura et praesentia testium etc. Man muß sich hier davor hüten, in diesen Worten eine Bedingung für die Anordnung des Fideicommisses zu erblicken. Schon nach dem unmittelbaren Zusammenhange, in welchem sie stehen (si, sine scriptura et praesentia testium fideicommisso derelicto, fideicommissarius elegerit heredis juramentum etc.), tragen sie nicht den Stempel einer Bedingung an sich. Sie sagen in Verbindung mit dem Folgenden nur, der Fideicommissar könne die Sache auf einen Eid des Beschwerten stellen, sofern etwa das Fideicommiß ohne Schrift und ohne Zeugen errichtet worden wäre. Daß es aber ohne Schrift und ohne Zuziehung von Zeugen errichtet sein müsse, wenn der Beschwerte zur Eidesdelation soll greifen dürfen, das liegt offenbar nicht darin. Man hätte dieß erst hineinzutragen. Ich will nicht bestreiten, daß die Worte auch der Auffassung als Bedingung nicht gerade widerstreben. Aber daß sie dieselbe nicht begünstigen, sondern umgekehrt nach dem regelmäßigen Sprachgebrauch nur einen Fall setzen, ohne ihn zum ausschließlichen zu machen, dürfte kaum eines Beweises bedürfen. Was heißt nun aber, ein Fideicommiß ohne Schrift und Zeugen errichten? Man kann zunächst Beides, Schrift und Zeugen getrennt nehmen, und den Worten den Sinn geben: ein Fideicommiß weder durch eine Urkunde noch vor Zeugen errichten, so daß es dem Bedachten nicht möglich ist, sich auf eine Urkunde oder Zeugen zu berufen. Soll hier jedoch nicht völlige Formlosigkeit als Regel für Fideicommisse gleichsam stillschweigend anerkannt sein, so müssen wir die gehörige Förmlichkeit als in jenen Worten vorausgesetzt hinzudenken. Dann aber heißen sie: ein Fideicommiß ohne förmlichen schriftlichen (sine scriptura) oder mündlichen letzten Willen (et praesentia testium) errichten, sei dieser letzte Wille ein Testament oder ein Kodizill. In der That übrigens bieten die Worte: sine scriptura et praesentia testium für sich allein betrachtet keinen Anlaß zu einer Trennung, umgekehrt vielmehr, wie das Wörtchen *et* zeigt, zu einer Zusammenfassung. Bei dieser Zusammenfassung sagen sie in Verbindung mit fideicommisso derelicto: ein Fideicommiß ohne Schrift und Zuziehung von Zeugen errichten. Da hier neben der Schrift noch Zeugen vorausgesetzt werden, so liegt die Hinweisung auf einen förmlichen letzten Willen von selbst darin. Freilich nimmt der Ausdruck bei dieser Erklärung zunächst nur Beziehung auf einen förmlichen schriftlichen letzten Willen. Aber wir werden schwerlich fehlen, wenn wir den förmlichen mündlichen letzten Willen hinzuthun, den Ausdruck dadurch ergänzen, und ihm wiederum den Sinn geben: ein Fideicommiß ohne einen förmlichen schriftlichen oder mündlichen letzten Willen errichten. So gelangen wir, ob wir die mehrfach bezeichneten Worte in

der ersten (trennenden) oder in der zweiten (zusammenfassenden) Weise erklären, zu dem gleichen Ergebniß. Dieses Ergebniß bestätigt sich noch durch Folgendes. a) Nachdem die Justinianische Constitution verordnet hat, daß die Errichtung des Fideicommisses durch Eidesantrag zu erweisen, die Zuziehung von Zeugen aber völlig gleichgültig sei, fährt sie fort: cum enim res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur etc. Unverkennbar will Justinian mit diesem Gegensatz bemerklich machen, daß überall, wo die Errichtung des Fideicommisses nicht auf den bloßen Eid des Beschwerten gestellt, sondern etwa eine Berufung auf Zeugen Statt finden sollte, ein förmlicher letzter Wille (numerus testium et nimia subtilitas) vorhanden sein müsse. Daraus können wir entnehmen, daß auch in den Worten: sine scriptura et testium praesentia gerade auf den Gegensatz eines förmlichen letzten Willens hingewiesen werden solle. b) Die Institutionen (l. c.), nachdem sie zuerst den Standpunkt bezeichnet haben, welchen Justinian bei der hier besprochenen Anordnung eingenommen hatte, fahren fort, den Inhalt derselben etwas abgekürzt wiederzugeben. Sie beginnen damit also: si testator fidei heredis sui commisit . . . . et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, res possit manifestari etc. Während die eigentliche constitutio (C., l. c.) Schrift und Zeugen zusammenfaßt (ccriptura *et* testes), trennen die Institutionen (neque ex scriptura neque ex quinque testium numero); und während jene mehr auf das Testament als förmlichen letzten Willen hinweist (lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum *testamentum* etc.), weisen die Institutionen mehr auf das Kodizill, als den für Fideicommisse vorzugsweise bestimmten letzten Willen (qui in fideicommissis legitimus esse noscitur) hin. Aber gerade indem die Institutionen Schrift und Zeugen getrennt neben einander anführen, zugleich aber bei den Zeugen die Zahl fünf hervorheben, und diese Zahl ganz allgemein als die gesetzliche für Kodizille bezeichnen, deuten sie offenbar damit auf einen förmlichen schriftlichen oder mündlichen letzten Willen hin, wie er in der Regel jedenfalls für Fideicommisse vorhanden sein muß. Gleich der constitutio selbst wollen daher auch sie, indem sie deren Inhalt darstellen, auf den Grundsatz aufmerksam machen, daß ein Fideicommiß auch ohne förmlichen letzten Willen angeordnet werden könne. Daß dieß der richtige Sinn der Institutionen sei, belegt sich sprechend durch den Schlußsatz: quodsi is, a quo relictum dicitur, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis *subtilitatem* decurrat, omnimodo cogendus est solvere. Offenbar beziehen sich hier die Institutionen auf den Gegensatz von förmlicher und unförmlicher Errichtung, und erklären die erstere für unwesentlich. Daraus können wir entnehmen, daß auch im

Eingang mit den Worten: neque ex scriptura etc. eine unförmliche Anordnung bezeichnet werden sollte. Zu vergl. unten Note 10.

4) J. l. c. . . . . si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat . . . vel recusantem *ad fideicommissi . . . solutionem coartari*, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa . . . . . quodsi is, a quo relictum dicitur, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, *omnimodo cogendus est solvere.* — C. l. c. . . . . . si recusandum existimaverit sacramentum . . . *omnimodo exactioni fideicommissi subjacere, et eum ad satisfactionem compelli* etc.

5) Indem hier das Vermächtniß vorzugsweise von der fides des Belasteten abhängig gemacht ist. Oben Note 2.

6) J. l. c. . . . . sive *pater* heredis, sive *alius quicumque sit*, qui fidem elegerit heredis etc. — C. l. c. . . . . sive *pater* sit, qui fideicommissum dederit, sive *extraneus*, ut aequitatis ratio communiter in omnes procedat etc. Die eigenthümliche besondere Hervorhebung des Vaters hängt wohl damit zusammen, daß Justinian hier durch einen bestimmten Rechtsfall zu seiner Verordnung veranlaßt wurde (C. l. c. Quaestionem ex facto emergentem resecantes etc. — J. l. c. . . . . ex facto, quod Tribonianus . . suggessit etc.). Daß übrigens der Erblasser, welcher ein Fideicommiß ohne förmlichen letzten Willen hinterläßt, überhaupt fähig sein müsse, eine letztwillige Verschaffung anzuordnen, versteht sich so sehr von selbst, daß es Justinian gar nicht für nöthig hielt, dieß besonders bemerklich zu machen.

7) C. l. c. . . fideicommissarius elegerit *heredis* juramentum, vel forsitan *legatarii* vel *fideicommissarii* . . . *necesse heredem* vel *legatarium* seu *fideicommissarum* . . . . . Cum autem *is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur,* et maxime ipse heres . . . dicere compellitur veritatem etc. — J. l. c. . . . . Eadem observari decernimus, etsi a *legatario* vel *fideicommissario* aliquid similiter relictum sit etc. Auch hier versteht sich's von selbst, daß der Bedachte fähig sein muß, letztwillig bedacht zu werden.

8) C. l. c. . . . . quotiens ab eo relictum est fideicommissum, sive *universitatis* sive *speciale* etc. — J. l. c. . . . . et ab eo aliquid restitui voluerit . . . . . ad fideicommissi vel *universitatis* vel *specialis* solutionem coartari etc.

9) Der Gegensatz der persönlichen Auflage wäre die durch einen Stellvertreter oder Boten. Durch Stellvertreter kann die Auflage schon deßhalb nicht gemacht werden, weil Stellvertretung bei letztwilligen Erklärungen überhaupt ausgeschlossen und hier keine Ausnahme gemacht ist. Beiden Arten der nicht persönlichen Auflage steht aber zunächst der Umstand entgegen. Der Beschwerte könnte die Auflage an sich zugestehen, aber die Wahrheit der Stellvertretung oder der Botenbestellung in Abrede ziehen. Dadurch kämen Thatsachen zur Sprache, die zunächst mit der fides des Beschwerten gar nichts zu thun haben. Ob die Stellvertretung oder

Botenbestellung von dem Erblasser ausgegangen sei, ist eine Frage, welche die *fides* des Erben in der Regel gar nicht berührt, und nur in den Ausnahmefällen, wo der Beschwerte wirklich weiß, daß der Erblasser zu dem bestimmten Zwecke einen Stellvertreter ernannt, einen Boten an ihn abgesendet habe, dieselbe mittelbar trifft. Nun liegt es aber in dem ganzen Geiste der Justinianischen Anordnung, daß der Erblasser sowohl wie der Bedachte Alles auf die *fides* des Beschwerten stelle. Die Wahrheit der Auflage soll ausschließlich durch die *fides* des Belasteten bedingt sein, d. h. ihr Beweis einzig von der letztern abhängen. C. l. c. . . . . . . Cum autem . . . dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad *extraneam fidem* decurratur, *propria et indubitata fide* relicta? J. l. c. . . . . . tunc sive pater . . . . sit, qui *fidem* elegerit heredis . . . . si heres perfidia tentus adimplere *fidem* recusat . . . . . . ne depereat ultima voluntas testatoris *fidei* heredis commissa etc. Für diese Institutionenstelle ist besonders wichtig die Erklärung von Theophilus (ad h. l. . . . . . *ἐαν ὁ κληρονομος, φαινομενος αδικος, το τῃ πιστει ἀυτου καταπιστευθεν πληρωσαι παραιτειται . . . . . ἱνα μη τελευταια του διαθεμενου βουλησις ἀνατραπη, ἀνδρος το ὁλον κληρονομῳ καταπιστευσαντος* etc.), welche klar zeigt, daß Alles in die *fides* des Belasteten gelegt ist. Dieß ist nur gedenkbar, wenn sich der Erblasser selbst an den letztern persönlich wendet, und nicht noch Anderes in der Mitte liegt, was zwischen dem Erblasser und einem Dritten, z. B. einem Stellvertreter, Boten vorgegangen ist, wovon der Belastete in der Regel nichts weiß oder doch keine sichere Kunde hat. Hiemit sind wir von selbst auf ein weiteres Hinderniß geführt, welches den beiden Arten einer nicht persönlichen Belastung mit einem Fideicommiß entgegensteht. Das bei dem hier besprochenen Fideicommiß ausschließlich mögliche Beweismittel, die Eideszuschiebung könnte hier nur de ignorantia oder de credulitate Statt finden, d. h. nur dahin, der Beschwerte wisse nicht oder glaube doch nicht, daß die Stellvertretung oder Botenbestellung von dem Erblasser herrühre. Abgesehen nun von den Bedenklichkeiten, die sich überhaupt gegen eine solche Eideszuschiebung erheben, so ist sie hier entschieden zu verwerfen. Die ursprüngliche Verordnung Justinian's sagt C. l. c. . . . . . Cum autem . . . . . . dicere compellitur *vertitatem* per sacramenti religionem etc. Sie will also durch den Eid die *veritas* ermitteln lassen, die Wahrheit der Anordnung oder Nichtanordnung, nicht ein bloßes Nichtwissen, Nichtglauben oder ein bloßes Glauben. Sie fährt fort: qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata fide relicta? Eine *indubitata fides* kann allerdings subjectiv auch dann vorhanden sein, wenn der Beschwerte nur ein Nichtwissen oder Nichtglauben beschwört. Aber eine solche blos subjective *indubitata fides*, neben welcher eine entgegengesetzte objective Wahrheit immerhin möglich und gedenkbar ist, hat die Stelle gewiß nicht im Auge. Ihr ist es um eine zweifellose fides in Betreff

der Frage zu thun, ob der Erblasser das Fideicommiß wirklich angeordnet habe. Ueber diese Frage wird nun durch einen Eid auf Nichtwissen oder Nichtglauben lediglich nichts bestimmt. Hierüber kann nur ein Eid de veritate der Anordnung entscheiden. — Dieß ist denn auch die Meinung der Institutionen, wenn sie als Inhalt des Eides angeben: quod nihil tale a testatore audivit. Mag man das *audivit* wörtlich oder mehr figürlich nehmen, so wollen die Institutionen das beschworen wissen, daß der Beschwerte die fideicommissarische Verfügung von dem Erblasser selbst nicht gehört oder nicht erfahren habe. Denn ein einfaches a testatore audire, auch wenn man das letzte Wort figürlich auffaßt, ist es nicht, sobald die letztwillige Erklärung durch eine Mittelsperson hindurch geht. Würde der Belastete in dem letzten Fall eingestehen, daß eine letztwillige Erklärung, durch einen Stellvertreter abgegeben oder durch einen Boten mitgetheilt worden sei, aber über die Stellvertretung selbst oder die Botenbestellung ein Nichtwissen oder ein Nichtglauben, beschwören, so wäre dieser Eid sehr verschieden von der ganz positiven eidlichen Bekräftigung: quod nihil tale a testatore audivit. — Endlich kann man sich für die hier vertheidigte Ansicht auch noch auf die Darstellung von Theophilus (ad h. l.) berufen. Theophilus sagt, der Fideicommissar könne den Belasteten in der Weise (οὕτως) nöthigen zu schwören, daß das Fideicommiß nicht hinterlassen worden. Also auch ein ganz positiver Inhalt des Eides, ein Eid de veritate, ein Eid, wie er in der Regel nur dann möglich ist, wenn es sich davon handelt, ob das Fideicommiß dem Beschwerten persönlich auferlegt sei.

10) Die Behauptung des Textes kann sich weder auf die Worte: sine scriptura et praesentia testium in der Justinianischen constitutio selbst, noch auf die Worte der Institutionen stützen: neque ex scriptura neque ex quinque testium numero (oben Note 3). Sie kann sich ebensowenig auf den Inhalt des Eides berufen, wie ihn die Institutionen bezeichnen (zu vergl. die vorhergehende Note). Denn um sich darauf zu berufen, müßte man den Ausdruck: audire in streng wörtlichem Sinne nehmen. Dieß ist jedoch keineswegs nothwendig. Er kann recht gut in der allgemeinen Bedeutung von Kenntnißnahme, von Vernehmen (nicht gerade durch Ohr) gebraucht sein (zu vergl. Schrader, ad h. l.). Freilich ist die Bedeutung von hören für audire die nächste, die von vernehmen im weitern Sinn eine ferner liegende figürliche. Insofern wäre man wohl berechtigt, die erste der zweiten vorzuziehen. Allein diese Berechtigung reicht ohne weitern Anhaltspunkt nicht hin, um dem Worte audire in der Art den Sinn von hören zu unterstellen, daß die Behauptung des Textes darauf gegründet werden könnte. Denn es ist gewiß nicht wahrscheinlich, daß Justinian das wichtige Erforderniß mündlicher Errichtung nur so beiläufig bei dem Inhalte des zu schwörenden Eides erwähnt haben sollte. Findet sich kein weiterer Anhaltspunkt, so muß man bei der möglichen doppelten Deutung des Wortes audire anerkennen, daß der Text auch durch den Wortausdruck der Insti-

tutionen nicht genügend gerechtfertigt werde. — Gerade ein solcher weiterer Anhaltspunkt findet sich jedoch in dem Geiste der Justinianischen Verordnung, wornach Alles auf die *fides* des Beschwerten gestellt ist; und zwar ein sehr sicherer Anhaltspunkt. Eine schriftliche formlose Anordnung eines Fideicommisses ließe sich in der Weise denken, daß der Erblasser sich in einer Zuschrift an den Belasteten persönlich wendet. Hier indessen tritt etwas ganz Aehnliches ein, wie in dem Fall, wo die letztwillige Erklärung dem Belasteten durch einen Boten hinterbracht wird (die vorherg. Note). Der Belastete kann hier die Zuschrift und deren Empfang, wie dorten die Mittheilung durch den Boten zugeben, aber hier die Aechtheit der Zuschrift wie dorten die Botenbestellung durch den Erblasser widersprechen. Wie hätte nun der Bedachte die Aechtheit der Zuschrift zu erweisen? Offenbar nur durch Eideszuschiebung. Diese Eideszuschiebung könnte einzig darauf gehen, der Belastete solle schwören, er wisse nicht oder glaube nicht, daß die Zuschrift ächt sei. Denn de veritate den Eid zuzuschieben, geht deßhalb nicht an, weil es hier wie bei der Botenbestellung auf eine für den Belasteten fremde Handlung ankommt, über deren Wirklichkeit ihm kein Eid zugeschoben werden kann. Eine Eideszuschiebung de ignorantia oder de credulitate ist aber, wie in der vorhergehenden Note ausgeführt worden ist, bei unserm Fideicommiß nicht statthaft. Es kann zwar sein, daß die Zuschrift ganz, oder — wenn sie der Erblasser nur unterschrieben hat — deren Unterschrift der äußern Erscheinung nach als ächt, d. h. daß die Schriftzüge als die des Erblassers sich äußerlich darstellen; gerade wie ein Bote als vollkommen glaubwürdig bekannt sein kann. Dessen ungeachtet ist es möglich, daß der Belastete auch in solchen Fällen die Aechtheit der Zuschrift oder die Botenbestellung in Zweifel zieht; und er braucht dieß nicht einmal mit schlechtem Gewissen zu thun. Doch gesetzt, er thut es mala fide, d. h. er thut es gegen bessere innere Ueberzeugung, so gibt es hier kein anderes Beweismittel, als Eideszuschiebung, und keine andere Eideszuschiebung, als eine solche, welche nach den Quellen unzulässig ist, nämlich eine Eideszuschiebung de ignorantia oder de credulitate. Weist sich demnach die schriftliche formlose Anordnung eines Fideicommisses nach dem Geist der Justinianischen Bestimmung als unstatthaft aus, so bekommen wir auch einen sichern Anhaltspunkt für die Bedeutung, welche wir dem Worte *audivit* in den Institutionen beizulegen haben. Darf man schon an und für sich die nächste unmittelbare Bedeutung eines Wortes der ferner liegenden figürlichen vorziehen, so muß man es hier gewiß thun, wo der Geist der ganzen Anordnung auf mündliche Errichtung hinweist und die schriftliche ausschließt. — Eine volle Bestätigung unserer Ansicht finden wir bei Theophilus. Er beginnt (ad J., l. c.), indem er den Inhalt der kaiserlichen Constitution darstellen will: wenn Jemand ein ungeschriebenes Fideicommiß (ἀγραφον φιδεικομμισσον) hinterlassen, und dieß (τουτο) weder durch Schrift (ἀπο γραμματων) bewiesen werden könne, noch durch das Zeugniß von fünf Zeugen ꝛc.

— Die Voraussetzung eines ἀγραφον φιδεικομμισσον kann nur als Bedingung für diese Art von Fideicommiß angesehen werden. Denn außerdem hätte es gar keinen Sinn gehabt, das ἀγραφον hinzuzufügen. Auch findet sich keine Möglichkeit, das ἀγραφον φιδεικομμισσον als etwa unförmliches Fideicommiß aufzufassen; man müßte nur das ἀγραφον willkührlich geradezu streichen und durch ein anderes Wort ersetzen. Indessen ist die Stelle insofern nicht ohne Schwierigkeit, als der Nachsatz: και μηδε ἀπο γραμματων etc. zu dem ἀγραφον nicht zu passen scheint. Denn muß das Fideicommiß, von welchem hier die Rede ist, ein ungeschriebenes sein, so versteht es sich ja von selbst, daß es nicht durch Schrift erwiesen werden könne. Doch läßt sich der Gedankengang bei Theophilus wohl noch so auffassen: wenn ein ungeschriebenes Fideicommiß hinterlassen werde, und dieses (daher, wie sich von selbst versteht) nicht durch eine förmliche schriftliche letztwillige Erklärung bewiesen werden könne, aber auch nicht durch das Zeugniß von fünf Zeugen ꝛc. Nachdem nun Theophilus von vornherein die ungeschriebene, mithin die mündliche Anordnung des unförmlichen Fideicommisses als wesentlich bezeichnet hatte, so konnte er sich bei der Inhaltsangabe des von dem Beschwerten zu leistenden Eides allgemein ausdrücken: ὡς ὀυ κατελειφθη φιδεικομμισσον. Die Art und Weise der Hinterlassung, wie sie etwa bei dem Eide kurz hervorzuheben wäre (z. B. daß der Erblasser nicht ihm selbst mündlich das Fideicommiß auferlegt habe), ergibt sich von selbst aus der schon vorher ausgesprochenen Nothwendigkeit, daß das Fideicommiß mündlich hinterlassen werde. Anders die Institutionen. Diese weisen bei der Inhaltsangabe des Eides auf das Mündliche der Anordnung besonders hin (*audivit*), weil sie vorher die Nothwendigkeit desselben nicht namentlich aussprechen, sondern nur stillschweigend voraussetzen, indem sie die fides des Beschwerten als ausschließliche Grundlage hervorheben.

11) Zu vergl. die vorherg. Note. — Die Auflage an einen Abwesenden wäre nur gedenkbar, wenn das Fideicommiß auch schriftlich angeordnet werden könnte, oder wenn die mündliche Anordnung nicht persönlich dem Fideicommissar gegenüber geschehen müßte. Unter Voraussetzung einer mündlichen Auflage, die an den Beschwerten persönlich zu machen ist, fällt die Anordnung unter Abwesenden von selbst hinweg.

12) Hier ist jedoch die mündliche Erklärung die Hauptsache. Sie enthält die eigentliche Anordnung, während die Schrift, auf welche sich der Erblasser bezieht, nur dazu dient, den Inhalt der mündlichen Anordnung näher zu bestimmen. Auf ganz gleiche Weise kann ein Erblasser in einem Testament oder Kodizill ein Vermächtniß überhaupt anordnen, und sich wegen der nähern Bestimmungen auf eine anderweitige Willenserklärung beziehen. Zu vergl. unten §. 30. zu Note 19 ff.

13) Da Fideicommisse stets durch Zeichen hinterlassen werden konnten und im Justinianischen Rechte Vermächtnisse nach Gleichstellung der Legate und Fideicommisse überhaupt durch Zeichen hinterlassen werden können

(oben §. 16. Note 3), so ist es gar nicht wahrscheinlich, daß Justinian diese Art der Anordnung bei dem formlosen Fideicommiß ausgeschlossen haben sollte. Zwar spricht er in den Institutionen, indem er den Inhalt des abzuschwörenden Eides angibt, von audire (Note 10), aber wohl nur, um den Gegensatz von mündlicher und schriftlicher Anordnung hervorzuheben, nicht um die durch Zeichen ebenfalls zu verwerfen. Ohnehin wird, wenn einmal schriftliche Verfügung unzulässig ist, die mündliche die Regel bilden, die durch Zeichen nur in seltenern Fällen eintreten, so daß sich Justinian begnügen konnte, auf die mündliche hinzudeuten. Die Hauptsache ist hier die, ob der Grundgedanke Justinian's, daß Alles von der *fides* des Beschwerten abhängen solle, bei einer Anordnung mit Zeichen durchgeführt werden könne. Diese Frage muß entschieden bejaht werden. Der Beschwerte, welchem eine Auflage durch Zeichen gemacht sein soll, kann vermöge seiner eigenen Sinnenwahrnehmung eben so gut, wie wenn sie ihm mündlich gemacht wäre, darüber schwören, ob sie ihm wirklich gemacht oder nicht gemacht worden ist. Wohl ist es möglich, der Beschwerte behauptet, die Zeichen seien ihm nicht klar gewesen, es sei ihm zweifelhaft, ob ihn der Erblasser mit einem Fideicommiß habe belasten wollen. Allein in diesem Falle kann er wiederum de veritate schwören, er habe aus den Zeichen nicht mit Sicherheit entnehmen können, daß der Erblasser ihm ein Fideicommiß habe auflegen wollen. Es ist hier ganz anders, als wenn dem Beschwerten die Auflage durch einen Boten oder durch eine Zuschrift mitgetheilt wird. Ueber die Bestellung des Boten oder die Aechtheit der Zuschrift im Ganzen oder ihrer Unterschrift hat er keine eigene Sinnenwahrnehmung. Da kann er nur ein Nichtwissen und Nichtglauben beschwören.

14) Es liegt in der Natur der Sache, daß nicht blos ein Intestatus, sondern auch ein Testatus ein unförmliches Fideicommiß anordnen kann. Außerdem spricht Justinian in seiner constitutio selbst, wie in den Institutionen so allgemein, daß gar kein Grund vorläge, einem Erblasser, der mit einem Testament versterben will, die Errichtung eines formlosen Fideicommisses zu versagen. Eben so gewiß steht demjenigen, welcher ohne Testament, aber mit einem Intestatkodizill verstirbt, die Befugniß zu, ein Fideicommiß ohne die regelmäßige Form anzuordnen. Wäre das letztere zuerst geschehen, und nachher erst das Testament oder Kodizill gemacht worden, so müßten analog dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, welche da gelten, wo zuerst ein Kodizill und nachher ein Testament errichtet wird. Zu vergl. oben §. 20. zu Note 8 ff.

15) Es kann dieß auch auf verschiedene Weise vor sich gehen. Es kann ein Erblasser ein Fideicommiß ohne die regelmäßige Form errichten, und dasselbe später in einem Testament oder förmlichen Kodizill wiederholt anordnen, oder umgekehrt. Möglich ist aber auch, daß ein Erblasser, welcher ein Testament oder Kodizill macht, ein in diesen angeordnetes Vermächtniß dem anwesenden Beschwerten noch überdieß mündlich auflegt.

Da diese Anordnung, wenn sie den letztwilligen förmlichen Act nicht unterbrechen soll, entweder unmittelbar vor oder unmitelbar nach demselben erfolgen wird, so fällt diese Art der Anordnung gewissermaßen mit der eben erwähnten ersten Art zusammen. Die zweite deutet Justinian selbst an, wenn er in seiner constitutio sagt: sed sive quinque sint testes, sive minores, vel nemo etc. Justinian will hier offenbar nicht die Möglichkeit bemerklich machen, daß der einfachen mündlichen Auflage an den gegenwärtigen Beschwerten fünf Zeugen anwohnen. Denn wozu hier fünf Zeugen? Dem ganzen Zusammenhange nach will er hiemit aussprechen: möge das Fideicommiß in einem mit allen Förmlichkeiten versehenen Kodizill angeordnet sein oder nicht, so solle Alles durch Eid entschieden werden, vorausgesetzt natürlich, daß das Fideicommiß auch dem anwesenden Beschwerten mündlich aufgegeben worden ist, und der Bedachte den Eid wählt (si ..... fideicommissarius elegerit heredis juramentum). — Die Anordnung eines unförmlichen Fideicommisses neben einem förmlichen letzten Willen, in welchem dasselbe Vermächtniß verschafft ist, könnte übrigens practisch als völlig unerheblich erscheinen. Denn der Bedachte, welchem ein förmlicher letzter Wille zur Seite steht, wird schwerlich die unförmliche Verschaffung geltend machen, und sich der Gefahr aussetzen, die eine Eideszuschiebung immer mit sich bringt. Dennoch verhält sich die Sache anders. Der förmliche letzte Wille kann leicht Anstände darbieten, und der Bedachte nach Umständen es vorziehen, statt eines weitläufigen Prozesses, dessen Ausgang zweifelhaft ist, zu dem unförmlichen Fideicommiß und dem einfachen Mittel der Eidesdelation zu greifen. Eben weil der förmliche letzte Wille Anständen ausgesetzt sein möchte, die der Erblasser nicht vorhersieht, ist es möglich, daß derselbe aus Vorsicht eine unförmliche Anordnung vornimmt, um dem Bedachten einen doppelten Zugang zu dem Vermächtniß zu eröffnen. Ohnehin kann ja auch die Anordnung eines unförmlichen Fideicommisses vorhergehen, und der Erblasser nachher den Entschluß zu einem förmlichen letzten Willen fassen, in welchem er dann jene Anordnung wiederholt.

16) Für die im Text ausgesprochene Meinung läßt sich einmal die Analogie der einem Testamente angehängten Kodizillarklausel anführen. Diese Analogie würde jedoch Ausnahmen zulassen. Hauptsächlich indessen möchte ich jene Meinung daraus rechtfertigen, daß Justinian selbst die Rückkehr von dem förmlichen letzten Willen zu dem formlosen Fideicommiß und umgekehrt auszuschließen scheint. Nach der vorhin hervorgehobenen Stelle (C. l. c. .... sed sive quinque sint testes etc.) soll, wenn der Bedachte das formlose Fideicommiß geltend macht und den Eid wählt, alles durch diesen Eid entschieden werden, und sie drückt sich hier auf eine Weise aus (causam per illius sacramentum, vel dandum vel recusandum, suam habere tam firmitatem quam exactionem etc.), daß wir unmöglich annehmen können, es sei dem Bedachten, wäre der Eid abgeleistet, hintendrein

noch gestattet, zu dem förmlichen letzten Willen zurückzukehren und nun erst diesen geltend zu machen. Verbinden wir weiter, wie wir doch müssen, diese Stelle mit dem Eingange der constitutio (si ..... fideicommissarius elegerit heredis juramentum), so können wir uns kaum der Annahme verschließen, daß der Bedachte auch nicht den förmlichen letzten Willen zuerst und dann, wenn er nicht obsiegt, noch das unförmliche Fideicommiß in Anspruch nehmen könne, daß vielmehr umgekehrt derselbe wählen müsse, und daß er, wenn er nicht das formlose Fideicommiß, sondern den förmlichen letzten Willen zur Begründung seines Rechts gewählt und verloren habe, auf das erste nicht zurückgreifen dürfe.

17) Für die entgegengesetzte Behauptung, daß auch andere Beweismittel zulässig seien, kann, wenn man die Sache genau erwägt, mit irgend einem Schein nur darauf Gewicht gelegt werden, daß es einmal heißt (C. l. c.): si fideicommissarius *elegerit* heredis juramentum, und dann wiederum die Rede ist von einer fides a fideicommissario *electa*. Es leuchtet jedoch sehr bald ein, daß hier gar nicht von einer Wahl unter verschiedenen Beweismitteln die Rede ist. Es handelt sich einfach davon, ob der Bedachte, wenn kein förmlicher letzter Wille vorliegt, so viel Vertrauen zur fides des Beschwerten habe, um die Sache auf dessen Eid zu stellen, ob er also einen Prozeß wagen und den Eid als Beweismittel wählen wolle, ferner ob der Bedachte, wenn ein förmlicher letzter Wille ebenfalls vorliegt, sich auf ihn berufen, oder ob er einfach die unförmliche Anordnung geltend und wiederum die Sache von dem Eide des Beschwerten abhängig machen wolle. — Auf der andern Seite läßt sich nicht verkennen, daß Justinian eine neue Art letztwilliger Erklärung ins Leben einführen wollte. Das Ausgezeichnete derselben besteht darin, daß sie ausschließlich auf die *fides* des Beschwerten berechnet und gestellt ist, und deßhalb gerade rühmt sich Justinian, seinen Vorfahr Augustus übertroffen zu haben (oben Note 2, 9 u. 10). Hiemit sind nun andere Beweismittel durchaus unvereinbar. Dieß spricht denn auch Justinian in seiner constitutio geradezu aus, C. l. c. ..... cum autem is ..... dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, *qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata fide relicta?* — Freilich redet hier Justinian nur von Zeugen und schließt sie aus. Aber was von Zeugen gilt, das muß gewiß auch von andern Beweismitteln gelten. Ganz ähnlich äußert sich Justinian in den Institutionen. Er sagt daselbst, wenn kein förmlicher letzter Wille vorliege (neque ex scriptura — res possit manifestari), und der Fideicommissar zum Eid greife, so müsse der Beschwerte schwören oder leisten. Er setzt dabei, wie in der constitutio selbst, die Möglichkeit voraus, daß bei der fideicommissarischen Anordnung Zeugen zugegen waren (sed vel pauciores quam quinque). Dennoch ist hier keine Rede davon, daß der Bedachte sich auf diese Zeugen berufen dürfe. Es wird ihm nur gestattet, wenn er das will, sich an den Eid zu halten (si

fideicommissarius jusjurandum ei detulerit). Wären andere Beweismittel zuläſſig, ſo würde es wie in der constitutio ſelbſt ſo hier am Platze geweſen ſein, auf Zeugen hinzuweiſen.

Eine Zurückſchiebung iſt hier ſchon deßhalb ungedenkbar, weil alsdann das Fideicommiß nicht eigentlich von der fides des Beſchwerten, ſondern von der des Bedachten abhinge; was gegen den ganzen Geiſt der Juſtinianiſchen Verordnung verſtieße. Zudem gibt Juſtinian für das Benehmen des Beſchwerten auf die Eideszuſchiebung nur die zwiefache Möglichkeit an, den Eid zu leiſten oder zu verweigern; und er thut dieß in ſo beſtimmter Weiſe, daß an ein Drittes, an eine Zurückſchiebung nicht gedacht werden kann, C. l. c. . . . . . necesse habere heredem . . . . *vel sacramentum subire . . . vel si recusandum existimaverit sacramentum* . . . . causam per illius sacramentum *vel dandum vel recusandum* suam habere tam firmitatem quam exactionem etc. — J. l. c. . . . . . necesse eum habere, *vel jusjurandum subire* . . . vel *recusantem* etc. — Von Gewiſſensvertretung kann ohnehin ſchon deßhalb nicht die Rede ſein, weil hier nicht die fides des Beſchwerten, ſondern andere Beweismittel den Ausſchlag gäben.

18) C. l. c. — J. l. c.

19) C. l. c. . . . . necesse habere heredem, vel legatarium seu fideicommissarium . . . vel sacramentum subire . . . vel si recusandum existimaverit sacramentum, aut certam partem vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan majorem fideicommissarius expetat, omnimodo exactioni fideicommissi subjacere . . . cum ipse sibi judex et testis inveniatur, cujus religio et fides a fideicommissario electa est etc. Daß hier der Eid auch für die Quantität und Qualität des Fideicommiſſes als ausſchließliches Beweismittel angeordnet iſt, dürfte kaum einer weitern Ausführung bedürfen.

Zweiter Abſchnitt.

Im Beſondern.

§. 30.

Willensäußerung.

Alle Vermächtniſſe, mögen ſie in einem Teſtamente, Kodizille, oder durch unförmliche letztwillige Erklärung verſchafft werden ſollen, ſetzen eine Willensäußerung des Erblaſſers voraus, wodurch ſie angeordnet werden. Ohne ſie gibt es kein Vermächtniß,

hätte selbst der Erblasser in der Meinung, eine solche Anordnung getroffen zu haben, in einer andern Verfügung Bezug auf sie genommen [1]). Wohl aber kann dieselbe mit einer andern Verfügung in der Art verbunden werden, daß sie zwar nicht als selbstständige Anordnung erscheint, aber denn doch einen bestimmten Ausspruch des Erblassers zur Grundlage hat [2]). Der Ausdruck nun, welchen der Erblasser seinem Willen zu geben hat, mag im Allgemeinen ein verschiedener sein; im Einzelnen freilich ist derselbe hie und da auf eine bestimmte Weise beschränkt [3]). Im allgemeinen nämlich ist derselbe entweder:

a) ein wörtlicher, sei's daß der Erblasser seine letztwillige Verfügung mündlich, sei's daß er sie schriftlich trifft. Die Sprache ist hiebei gleichgültig [4]); nur muß sie bei mündlicher Anordnung den Zeugen, oder doch dem Beschwerten verständlich sein [5]). Der Willensausdruck des Erblassers kann aber auch:

b) in Zeichen bestehen [6]); endlich:

c) durch solche Erklärungen gegeben sein, worin zwar die Anordnung eines Vermächtnisses nicht unmittelbar sich vorfindet, woraus dieselbe jedoch mit Sicherheit entnommen werden kann (erschlossener, vermutheter Wille [7]).

In welcher Weise jedoch der Erblasser seinen Willen kund gegeben hat, es muß diese Kundgebung bestimmt sein, und sich erstrecken auf die Person des Beschwerten und des Bedachten, so wie auf den Gegenstand; damit man sicher wisse, wer beschwert, wer bedacht und welches der Gegenstand der Verschaffung sei. Daß die Bezeichung gerade durch den Namen geschehe, ist eben so wenig nothwendig [8]), als daß falsche Zusätze schaden [9]), so lange sie die Bestimmtheit nicht beeinträchtigen [10]). Ist nun die Willenserklärung nicht bestimmt, so muß man, was die Folgen

anbelangt, unterscheiden. Ist sie es in keinerlei Beziehung, so hat sie lediglich gar keine Wirkung [11]). Ist sie es nur in Hinsicht des Bedachten, dann ist sie ganz unwirksam und keiner berechtigt [12]). Betrifft die Unbestimmtheit den Gegenstand, so ist die Verfügung nur in dem Fall ganz unwirksam, wenn überhaupt gar kein Gegenstand ermittelt werden kann, auf den die Verschaffung mit Sicherheit zu beziehen wäre. Würde aber nur das nicht zu ermitteln sein, welcher von mehrern einzelnen bestimmten Gegenständen der Verschaffung unterstellt worden sei, dann wird das Vermächtniß als ein generelles oder alternatives behandelt [13]). Ist endlich der Beschwerte ungewiß, während außerdem das Vermächtniß keinem Zweifel unterliegt, so muß die Sache behandelt werden, wie wenn der Erblasser überhaupt gar keinen Beschwerten bezeichnet hätte [14]). Uebrigens kann der Erblasser selbst die Unbestimmtheit seiner letztwilligen Erklärung, betreffe sie den Beschwerten, den Bedachten oder den Gegenstand, nachträglich dadurch heben, daß er den Sinn derselben genauer erläutert, und so das Unbestimmte bestimmt. Hiezu bedarf er keiner Förmlichkeit. Jede nachträgliche, auch formlose Erklärung genügt, wenn sie nur erwiesen ist [15]). Selbst eine Ergänzung seines letzten Willens darf er durch eine spätere einfache Erklärung vornehmen. Hätte er nämlich den Beschwerten, den Bedachten, oder den Gegenstand des Vermächtnisses zu bezeichnen vergessen, so könnte er diese Bezeichnung nachholen, und es würde auch hiezu eine ganz formlose, wenn nur erwiesene und sichere Aeußerung, zur Ergänzung ausreichen [16]). Eine solche Erläuterung oder Ergänzung ist bei mündlichen nicht weniger als bei schriftlichen letzten Willen gestattet [17]). Nur bei dem formlosen mündlichen Fideicommiß ist ihre Zulässigkeit zweifelhaft, es würde denn

die Erläuterung und Ergänzung ebenfalls dem Beschwerten gegenüber gemacht werden [18]). Von den hier ausgesprochenen Grundsätzen verschieden ist der folgende [19]).

Errichtet ein Erblasser einen gültigen letzten Willen, ein Testament oder Kodizill, so kann er die Bestimmung sowohl des Beschwerten und Bedachten, als des Gegenstandes und seiner Größe auf eine weitere Erklärung, eine förmliche wie unförmliche, eine schriftliche wie mündliche, selbst eine stillschweigende, oder in völlig unbestimmter Weise überhaupt auf eine weitere Erklärung aussetzen [20]). Wird dann diese Erklärung nur abgegeben und Beweis dafür erbracht, so hat sie und mit ihr das Vermächtniß volle Wirksamkeit [21]). Denn das Vermächtniß hat seine Wurzel in dem Testament oder Kodizill [22]), und der Inhalt der spätern Erklärung ist gerade so zu behandeln, wie wenn ihn der Erblasser gleich Anfangs in das Testament oder Kodizill aufgenommen hätte. Wird sie nicht abgegeben, so ist eben die Sache so zu beurtheilen, wie wenn der Erblasser jene Bestimmung, die er später treffen wollte, ursprünglich ganz unterlassen hätte [23]). Würde selbst der Erblasser die Bezeichnung des Beschwerten u. s. w. auf eine genau bestimmte Erklärung ausgesetzt aber später in einer andern Erklärung vorgenommen haben, als er sich im Voraus ausgesprochen hatte, so würde die letztere nicht desto minder wirksam sein [24]). Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, wenn der Erblasser sein Testament oder Kodizill schriftlich errichtet. Macht er hingegen ein mündliches Testament oder Kodizill, so muß er sowohl den Beschwerten und Bedachten, als den Gegenstand ebenfalls vor den Zeugen bezeichnen [25]), und hier kann es sich etwa blos davon handeln, durch eine spätere Erklärung eine Unbestimmtheit zu heben, oder

einen etwaigen Mangel, so weit er hier vorkommen kann, zu ergänzen [26]). Sofern indessen eine, die letztwillige Anordnung eines Vermächtnisses betreffende Bestimmung in den Willen eines Dritten oder gar des Beschwerten gelegt werden kann, insofern kann sie gewiß auch bei einem mündlichen Testament oder Kodizill von einer spätern Erklärung des Erblassers selbst abhängig gemacht werden [27]).

1) So sehr es in diesem Falle gerechtfertigt erscheinen könnte anzunehmen, der Erblasser habe durch diesen Bezug an den Tag gelegt, daß er das betreffende Vermächtniß anordnen wolle. Es überwiegt hier der Umstand, daß er diesem Willen eigentlich doch keinen Ausdruck verliehen hat, D. de legat. II. l. 34 pr. Titia cum testamento facto decederet . . . . . . petit a Maevia, ut Stichum servum suum manumitteret, in haec verba: a te autem, Maevia filia carissima, peto ut Stichum servum tuum manumittas, cum in ministerio tuo *tot capita servorum tibi his codicillis legavero; nec legavit*. Quaero, quid his verbis relictum videatur, cum . . . . . nec possit utile fideicommissum putari, quod datum non sit . . . . . Modestinus respondit, ex verbis consultationi insertis *Maeviam neque legati neque fideicommissi petitionem habere* etc.

2) D. de legat. I. l. 108. §. 14. . . . cum in testamento ita scribatur: te Titi rogo, ut *acceptis centum*, illum servum manumittas vel Sempronio quid praestes, parum quidem apte scribi, verum aeque intelligendum heredis fideicommissum, ut pecuniam Titio praestaret etc. Hätte der Erblasser das Vermächtniß etwa so angeordnet Titius centum accipito eumque rogo, ut illum servum etc., so wäre dasselbe in selbstständiger Weise dem Titius verschafft. Wie die Anordnung in der Stelle lautet, hat Afrikanus gewiß recht, wenn er meint, die Erklärung des Erblassers sei minus apte. Dennoch liegt in den Worten acceptis centum eine genügend bestimmte Willensäußerung des Erblassers, daß der Titius Hundert bekommen solle.

3) So kann das formlose Fideicommiß nicht schriftlich hinterlassen werden (oben §. 29), wie z. B. umgekehrt ein Blinder nur gemischt, ich möchte sagen mündlich-schriftlich ein Vermächtniß anzuordnen vermag, wenn er es in einem Testament oder Kodizill anordnet. Zu vergl. oben §. 18. zu Note 16. — Was Stumme anbelangt, zu vergl. unten in der Lehre von den Personen.

4) Dieß galt für Fideicommisse wohl von jeher, Caj. II. 281. — D. de legat. III. l. 11. — Für Erbeseinsetzungen und Legate ist es schon lange vor Justinian für zulässig erklärt worden, C. de testam., VI. 23.

l. 21. §. 4. — de testam. manum., VII. 2. l. 14. Jedenfalls müßte nach der Gleichstellung der Legate und Fideicommisse das für diese Geltende auch für jene als geltend anerkannt werden. Zu vergl. oben §. 20. Note 18 ff.

5) Dieß liegt so sehr in der Natur der Sache, daß es eigentlich gar keines besondern Belegs bedarf.

6) Zu vergl. oben §. 16. Note 3. — §. 27. Note 12. Was früher für Fideicommisse galt, das muß nach Gleichstellung derselben mit den Legaten im Justinianischen Rechte für Vermächtnisse überhaupt gelten.

7) Unsere Quellen haben eine Reihe von letztwilligen Erklärungen, aus welchen sie die Anordnung eines Vermächtnisses entnehmen. Diese Fälle sollen keineswegs als ausschließlich gelten. Sie sind vielmehr nur als Beispiele und Anhaltspunkte zu betrachten für die möglichen mannigfaltigen, durch keine Casuistik zu erschöpfenden letztwilligen Erklärungen, bei welchen die Frage entstehen kann, ob die Anordnung eines Vermächtnisses aus denselben zu erschließen sei. Ohnehin sind die Quellenaussprüche selbst theilweise so allgemeiner Art, daß sie weniger einen einzelnen Fall, als einen mehr allgemeinen Grundsatz enthalten. Sie lassen sich für die Zeit, aus welcher sie herrühren, in Aussprüche abtheilen, welche sich auf Legate und Fideicommisse, und in solche, welche sich nur auf die Fideicommisse beziehen. Zu den erstern gehören die Bestimmungen in Betreff der Fälle, wenn a) etwa ein gerade disponirendes Wort fehlt, während dasselbe aus der Erklärung, wie sie vorliegt, ergänzt werden kann, so daß sich sein Auslassen mehr als ein bloßes Versehen herausstellt, D. de legat. II., l. 67. §. 9. — Zu vergl. D. de legat. I. l. 106. — C. de fideic., VI. 42. l. 10. — Ferner, wenn b) der Ausdruck sonst unvollständig ist, die Anordnung eines Vermächtnisses aber aus dem Zusammenhange sich ergibt, D. de legat. II. l. 77. §. 22. — Zu vergl. D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 93. — C. de fideicom., VI. 42. l. 15. — Endlich können theilweise hierher noch gezogen werden c) die Aussprüche über Ermittlung des Gegenstandes und der Größe eines Vermächtnisses, wenn sie der Erblasser unbestimmt gelassen hat, D. qui test. fac. poss., XXVIII. 1. l. 21. §. 1 in f. — de legat. I. l. 50. §. 3. — de legat. III. l. 75. l. 95. — So weit indessen die Quellen auch gehen, so gestatten sie doch nicht unter einem Ausdruck des Erblassers das zu begreifen, was wohl der Erblasser darunter verstanden haben soll, was aber nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gar nicht darunter begriffen werden kann, D. de legat. I. l. 4 pr. — de supell. legat., XXXIII. 10. l. 10. §. 2. Nur wenn der Erblasser hier unvernünftiger Weise (stultius) eine unpassende Bezeichnung wählte, aber über das, was er gemeint hat, sich namentlich erklärte (z. B. dem A vermache ich mein Hausgeräthe, darunter sollen auch meine Röcke und Hosen begriffen sein ꝛc.), so müßte es immerhin dabei verbleiben. Hier läge übrigens kein Fall eines vermutheten oder erschlossenen Willens vor, sondern eine ausdrückliche Willenserklärung.

Zu den Aussprüchen der zweiten Art, die blos auf Fideicommisse gehen, um nur die wichtigsten anzuführen, sind zu rechnen: a) die Bestimmung, daß es von Seiten des Erblassers genüge, die Erwartung einer Leistung auszudrücken (non dubitare se; scio te redditurum), um anzunehmen, er habe ein Fideicommiß anordnen wollen, sobald nur zwischen ihm, dem Beschwerten und Bedachten ein gegenseitiges Verhältniß der Pietät obwaltet, D. de legat. II. l. 67. §. ult. — de legat. I. l. 118. Dagegen die bloße Empfehlung, sei sie ganz allgemein oder auf etwas Bestimmtes gerichtet (ich empfehle meinem Erben die Freiheit des Stichus ꝛc.), reicht zu einem solchen Schlusse nicht hin, D. de legat. III. l. 11. §. 2. — C. de fideicom. libert., VII. 4. l. 12., sie müßte denn in einer Weise geschehen sein, die an dem Willen des Erblassers keinen Zweifel übrig ließe. — Hierher gehört weiter b) die Bestimmung, daß die fideicommissarische Auflage, Jemanden zum Erben (analog etwa in Beziehung auf bestimmte einzelne Gerechtsamen zum Legatar oder Fideicommissar) zu machen, als Fideicommiß zu deuten sei, D. de legat. I. l. 114. §. 6. — ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 17. Aehnlich ist es mit der fideicommissarischen Verfügung, daß ein Bedachter z. B. ein Erbe, kein Testament machen solle. Zwar nimmt Papinian hiebei noch kein Fideicommiß an, D. de legat. II. l. 77. §. 24., wohl aber Paulus, gestützt auf einen kaiserlichen Ausspruch, D. ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 74 pr. Dieselbe Deutung soll der fideicommissarischen Erklärung beigelegt werden, wodurch Jemand aufgefordert wird, irgend was (z. B. eine Erbschaft, einzelne Sache) mit einem andern zu theilen, D. eod., l. 19. §. 1. — de legat. III. l. 38. §. 8. — de legat. I. l. 89. §. 3., oder sich zum Vortheil eines andern mit einem bestimmten Gegenstande oder mit einem Theile zu begnügen, D. de legat. II. l. 69 pr. — de legat. III. l. 11. §. 4. l. 37. §. 4. (Von der Bedeutung und Auffassung einer Erbeseinsetzung ex re certa, und einer in allgemeinen Ausdrücken vorgenommenen Vermögenstheilung wird später in einem andern Zusammenhang die Rede sein). Endlich muß auch noch c) auf die Bestimmung aufmerksam gemacht werden, wornach ein Veräußerungsverbot als fideicommissarische Verfügung zu behandeln ist. Ein Veräußerungsverbot für sich allein hat lediglich keine Bedeutung, es ist ein nudum praeceptum, D. de legat. I. l. 114. §. 14. — de legat. III. l. 93 pr. Sind jedoch Personen bezeichnet, um deren willen das Verbot gemacht ist, dann war man früher immer noch der Meinung, daß aus solcher Anordnung kein Fideicommiß zu erschließen sei, D. eod., l. 38. §. 7. (Scaevola), ein Rescript von Sept. Severus und Caracalla hingegen hat umgekehrt verordnet, es solle eine solche Verfügung als Fideicommiß aufgefaßt werden, D. de legat. I. l. 114. §. 14 seq. — Zu vergl. D. de legat. II. l. 69. §. 3 und 4. — Für das Justinianische Recht, wo Legate und Fideicommisse ausgeglichen und in Eins verschmolzen sind, müssen alle diese Aussprüche eben

allgemein als Anhaltspunkte für Vermächtnisse, die aus letztwilligen Erklärungen zu erschließen sind, betrachtet und behandelt werden.

8) D. de cond. et demonstr., XXXV. 1. l. 34 pr.

9) J. de legat., II. 20. §. 30. — D. eod., l. 33 pr. l. 40. §. 4.

10) Indem außerdem Person und Gegenstand genügend und zweifellos bezeichnet sind, D. de dot. praeleg., XXXIII. 4. l. 1. §. 8. — de aur. arg., XXXIV. 2. l. 10. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 17 pr. §. 1. — Unter dieser Voraussetzung kann es daher geschehen, daß selbst ein hinzugefügter Name ohne Einfluß bleibt; denn auch ein unrichtiger Name erscheint nur als überflüssiger Zusatz, wenn außerdem Person oder Gegenstand hinreichend kenntlich gemacht sind, J. de legat., II. 20. §. 29. — D. de reb. dub., XXXIV. 5. l. 28. — C. de legat., VI. 37. l. 7. §. 1.

11) D. eod., l. 3. — de his quae pro non script., XXXIV. 8. l. 2.

12) D. de adim. v. transf. leg., XXXIII. 4. l. 3. §. 7. . . . . quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus *neutri* legatum. — de reb. dub., XXXIV. 5. l. 27. Dieß liegt auch insofern in der Natur der Sache, als jeder Bedachte, um ein Vermächtniß anzusprechen, beweisen muß, daß er bedacht sei, was unter Umständen, wie sie hier vorausgesetzt werden, nicht möglich ist, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 33. §. 1. Für den Fall eines Streits unter mehrern Bedachten, D. de legat. II. l. 8. §. 3.

13) D. de legat. I., l. 20. l. 32. §. 1. l. 37. §. 1. l. 39. §. 6. — Ueber das Wahlrecht bei dem generellen und alternativen Vermächtniß, an einem andern Orte.

14) Es lassen sich hier — ein Ausspruch der Quellen ist mir nicht bekannt — drei Ansichten denken. Einmal die, das Vermächtniß sei unwirksam, weil sich nicht ermitteln lasse, gegen wen es geltend zu machen sei. Da jedoch das Vermächtniß feststeht, und nur die Person des Beschwerten zweifelhaft ist, so kann man doch den Bedachten nicht seines Anspruchs verlustig erklären. Nach einer andern Ansicht könnte man glauben, der Bedachte dürfe nach seiner Wahl von allen denen, welche möglicher Weise beschwert sein könnten, jeden Einzelnen belangen. Das hieße mit andern Worten, jeder Einzelne von den möglich Belasteten sei in solidum belastet. Auch dieß wäre Willkühr. Der Zweifel über den Belasteten darf nicht dahin führen, jeden Einzelnen so zu behandeln, als hätte ihn der Erblasser in solidum belastet. Die einfachste Annahme bleibt gewiß die des Textes. Läßt sich nicht ermitteln, wen der Erblasser belasten wollte, so muß man diesen Theil seiner Erklärung als nicht vorhanden betrachten. Das Vermächtniß bleibt aufrecht und wegen der Belastung treten die Grundsätze ein, die überall gelten, wo der Erblasser deßhalb nichts bestimmt hat. Nur versteht es sich von selbst, daß man über den Kreis von Personen nicht hinausgehen dürfe, den der Erblasser etwa festgehalten hätte, um den Belasteten daraus zu entnehmen. Steht jener Kreis fest, und nur der einzelne Belastete aus seiner

Mitte ist nicht zu ermitteln, so beschränkt sich die Belastung auf den sicher bezeichneten Personenkreis. — Es wird hievon ausführlicher bei der Lehre von den Belasteten gehandelt werden.

15) Zu vergl. die folgende Note.

16) D. qui test. fac. poss., XXVIII. 1. l. 21. §. 1. Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. quod vero quis obscurius in testamento vel nuncupat vel scribit, an post solennia explanari possit, quaeritur: utputa Stichum legaverat, cum plures haberet, nec declaravit, de quo sentiret; Titio legavit, cum multos Titios amicos haberet; erraverat in nomine vel praenomine vel cognomine, cum in corpore non errasset; poteritne postea declarare, de quo senserit? et puto, posse: nihil enim nunc dat, sed datum significat. sed et si notam postea adjecerit legato, vel sua voce vel literis vel summam, vel nomen legatarii, quod non scripserat, vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? et puto, etiam qualitatem nummorum posse postea addi; nam etsi adjecta non fuisset, utique placeret conjectionem fieri ejus, quod reliquit, vel ex vicinis scripturis vel ex consuetudine patris familias vel regionis. Der Hauptinhalt oder der Hauptgedanke der Stelle ist offenbar der: jede wirkliche Aenderung, d. h. jede Aenderung, die in Wirklichkeit eine neue Verfügung enthält (si quid *mutari* placuit), erheischt auch eine neue, formell gültige letztwillige Anordnung (omnia ex integro facienda sunt); eine bloße Erläuterung oder Ergänzung hingegen (explanari, declarare, adjecerit, addi), wodurch keine neue Verschaffung gemacht (nihil enim nunc dat), sondern eine bereits gemachte (in Rücksicht auf Beschwerten, Bedachten oder Gegenstand) bezeichnet oder genauer bezeichnet wird (sed datum significat), ist auch als eine unförmliche zuläßig (et puto, posse; vel sua voce vel literis . . . et puto, etiam qualitatem nummorum posse postea addi). Betrachten wir jedoch den Inhalt im Einzelnen, so ist der Gang der Erörterung folgender. Sie stellt den Satz voran, für jede wirkliche Aenderung (im vorhin angegebenen Sinne) werde ein formell gehörig errichteter letzter Wille erfordert. Im Gegensatz gegen eine solche Aenderung (*quod vero . . . . sed et* etc.) stellt sie die Erläuterung, wenn sich der Erblasser nicht klar genug ausgedrückt (*obscurius* in testamento vel nuncupat vel scribit), oder sich in der Bezeichnung geirrt (*erraverat* in nomine etc.), und die Ergänzung, wenn er etwas zu bemerken vergessen hätte, was für das Vermächtniß erforderlich gewesen wäre (sed et si *notam adjecerit* legato). Als Beispiele (ut puta etc.) für die Erläuterung führt sie an eine Unbestimmtheit in dem Gegenstande (Stichum legaverat . . . nec declaravit, de quo sentiret), in der Person des Bedachten (Titio legavit etc.), oder einen Irrthum in der Bezeichnung (erraverat in nomine etc.), sofern der Irrthum nur nicht die Person des zu Bezeichnenden selbst betrifft (cum in corpore non errasset). Denn in dem letzten Fall, wenn der Erblasser anstatt der irrthümlich genannten eine andere Person benennen wollte,

so wäre es keine bloße Erläuterung mehr, sondern eine wirkliche Aenderung, ein neues Legat. Daß eine Unbestimmtheit in der Person des Beschwerten oder ein Irrthum in dessen Bezeichnung gerade so zu beurtheilen sei, wie eine Unbestimmtheit in der Person des Bedachten oder ein Irrthum in seiner Bezeichnung, versteht sich um so mehr von selbst, als die Stelle bei dem Irrthum ganz allgemein redet (erraverat in nomine vel praenomine vel cognomine, cum in corpore non errasset), mithin auf den Beschwerten eben so gut zu beziehen ist, als auf den Bedachten. Eine solche Erläuterung läßt nun Ulpian unbedenklich zu (et puto, posse), ohne daß hiezu eine förmliche letztwillige Erklärung nöthig wäre. Hierin gerade besteht der Gegensatz gegen eine, ein neues Vermächtniß enthaltende Aenderung. Die Stelle geht nun zur Ergänzung über, wenn etwa der Erblasser, um bei den hervorgehobenen Beispielen vorerst stehen zu bleiben, die Summe des Vermächtnisses, den Namen des Bedachten, oder eine mehr individualisirende Eigenschaft des verschafften Gegenstandes vergessen und später durch irgendwelche Erklärung ergänzt haben würde (vel sua voce vel literis *summam*, vel *nomen legatarii*, quod non scripserat, vel *nummorum qualitatem*, an recte fecerit?). Es liegt in der Natur der Sache, daß es ganz gleich beurtheilt werden müsse, wenn der Erblasser den Namen des Beschwerten oder den Gegenstand vergessen und später sich darüber erklärt hätte. Daß nun Ulpian eine Ergänzung dieser Art nicht für eben so unbedenklich hält als eine Erläuterung, obgleich die letztere gewissermaßen auch eine Ergänzung ist, indem sie zu der letztwilligen Anordnung noch etwas hinzuthut, wodurch eine Unbestimmtheit oder ein Irrthum beseitigt wird; dieß folgt aus den Eingangsworten: *sed et* si notam postea adjecerit legato. Doch läßt sie der Rechtsgelehrte ebenfalls zu. Zwar die entscheidenden Worte: et puto, etiam qualitatem nummorum posse postea addi geben auch einer entgegengesetzten Auslegung Raum. Man könnte nämlich versucht sein, diese Worte in Vergleich mit der vorausgehenden Frage und mit dem weiter angeführten Grunde der Entscheidung (nam etsi adjecta — regionis) dahin zu deuten, daß allerdings auch die qualitas nummorum hintennach noch bezeichnet werden möge, nicht aber etwas Anderes, wie die summa oder das nomen legatarii. Allein dieser an sich wohl möglichen Auslegung steht der Umstand entgegen, daß sich kein innerer Grund denken läßt, weßhalb eine Ergänzung durch Bezeichnung der summa oder durch das nomen legatarii weniger gestattet sein sollte, als eine spätere Bestimmung in Betreff der qualitas nummorum. Im Gegentheil bietet die letztere mehr Anstand dar als die erstere. Denn diese schafft offenbar nichts Neues; sie enthält blos eine nothwendige Vervollständigung des bereits entschieden angeordneten Vermächtnisses. Denken wir uns, der Erblasser habe Geld vermacht und die Summe vergessen, z. B. dem A soll Geld gegeben werden, oder er habe den Namen des Legatars ausgelassen; so würde das Vermächtniß nicht zur Ausführung kommen können. Für den zweiten

Fall ist dieß an sich klar; aber auch für den ersten unterliegt es kaum einem Zweifel. Denn Geld, ohne Angabe der Summe, ist gerade wie Nichts. Ein oder zwei Heller sind eben so gut Geld als Hundert Gulden. Wer würde aber ein Legat von zwei Hellern nicht lächerlich finden? Und doch ist der Wille des Erblassers, ein Vermächtniß zu geben, entschieden vorhanden. Die spätere Bezeichnung der Summe oder des Legats enthält daher nicht die Anordnung eines neuen Vermächtnisses, sondern nur eine unerläßliche Ergänzung eines bereits angeordneten. Ganz anders, wenn der Erblasser später eine qualitas nummorum hinzufügt! Hat er nummi im Allgemeinen legirt, z. B. zwanzig Geldstücke, oder etwa zwanzig Thaler, so würde das Vermächtniß als ein generelles immerhin noch einen Erfolg haben können (D. de legat. I. l. 50. §. 3. — de legat. III. l. 75). Fügt aber der Erblasser später eine Qualität hinzu, z. B. unter den zwanzig Geldstücken habe er Halbguldenstücke oder Ducaten, unter den Thalern Brabanter oder Preußische verstanden, individualisirt er hiedurch mehr den Gegenstand des Vermächtnisses; so möchte es allerdings scheinen, daß die spätere Erklärung eine Veränderung des Gegenstandes darbiete und somit eigentlich ein neues Legat anordne. Das ganz unbestimmte oder doch unbestimmtere generelle Legat ist durch sie zu einem bestimmten oder doch bestimmtern generellen, mithin zu einem scheinbar andern Vermächtniß geworden. Wird dessen ungeachtet selbst hier eine nachfolgende einfache Erklärung für wirksam erachtet, so dürfte sie dorten, wo nur eine nothwendige Vervollständigung in ihr erblickt werden kann, um so gewisser als wirksam erkannt werden. Diese Betrachtung führt uns zur richtigen Auffassung der Stelle. Ulpian spricht in den entscheidenden Worten nicht von der Bezeichnung der Summe oder des Legatars; diese setzt er als statthaft voraus. Zweifelhafter ist ihm die spätere Bezeichnung der qualitas nummorum; doch hält er auch sie für zuläßig. Aber gerade wegen dieser größern Zweifelhaftigkeit, die er in seinem Ausdruck andeutet, glaubt er zugleich seine Meinung näher begründen zu müssen. *Etiam* qualitatem nummorum posse postea addi: auch, selbst die qualitas nummorum (wie wohl man hier bedenklich sein könnte) dürfe später hinzugethan werden. Denn man hätte ohne eine solche weitere Erklärung auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers Rücksicht zu nehmen gehabt, warum sollte man auf den später, wenn auch unförmlich erklärten, also ausdrücklichen Willen nicht achten? Müßte man doch voraussetzen, daß der Erblasser nachfolgend nur über den Sinn sich ausgesprochen habe, der ursprünglich dem Legat zu Grunde gelegen sei.

17) D. qui test. fac. poss., XXVIII. 1. l. 1. §. 1. . . . . quod vero obscurius in testamento vel *nuncupat* vel scribit etc.

18) Zu vergl. oben §. 29. zu Note 9 ff., zu Note 19.

19) Er ist verschieden, einmal äußerlich insofern, als er einen auf die spätere Erklärung gerichteten Vorbehalt, welcher in einem gültigen letzten

Willen gemacht worden ist, voraussetzt; während die eben besprochenen Grundsätze auf eine Erläuterung und Ergänzung sich beziehen, deren in dem früher errichteten letzten Willen nicht gedacht war. Diesem äußern Unterschied steht aber ein innerer zur Seite. Die Erläuterung und Ergänzung setzt ein Vermächtniß voraus, das der Erblasser in der Meinung angeordnet hat, die Anordnung sei ganz fehlerlos. Denn wäre ihm zur Zeit der Errichtung die Unbestimmtheit oder Mangelhaftigkeit klar gewesen, so hätte er gewiß jene und diese vermieden. Erst später kommt es ihm zum Bewußtsein, daß seiner Anordnung die nöthige Klarheit oder Vollständigkeit abgehe; und nun sucht er, jene und diese durch eine einfache Erklärung herzustellen. Bei dem folgenden Grundsatz hingegen hat man von der Errichtung eines Vermächtnisses auszugehen, deren Mangelhaftigkeit dem Erblasser ganz klar ist, die er sogar geflissentlich eintreten läßt, um sie durch eine weitere Erklärung später zu beseitigen. Die Beweggründe hiezu mögen verschieden sein, nicht selten aber auch in einer zur Zeit der Errichtung des letzten Willens noch vorhandenen Unschlüssigkeit liegen. Der Erblasser ist noch nicht entschieden, ob und in welcher Weise er das Vermächtniß anordnen wolle; und so setzt er einen wesentlichen Theil auf eine nachfolgende Aeußerung aus, gleichsam als auf eine Bedingung für das Vermächtniß überhaupt oder für einen einzelnen wichtigen Punkt, z. B. die Person des Beschwerten. Gerade dieß bietet einen weitern Unterschied dar zwischen den zu Note 15 und 16 besprochenen Fällen und dem Grundsatz, von welchem jetzt die Rede sein wird.

20) So kann die Bezeichnung des Bedachten auf eine spätere, einfache mündliche Erklärung ausgesetzt werden, D. de reb. dub., XXXIV. 5. l. 25. *Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto; cui ut dare damnas sit heres meus, dixero, ei heres meus dare damnas esto*; testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est. Eben so die Bezeichnung des Gegenstandes oder seines Betrags, auf ein Kodizill, eine *epistola*, oder eine stillschweigende Erklärung, D. de cond. et dem. XXXV., 1. l. 38. Si ita scripsero, *quantum codicillis Titio legavero*, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet, solaque quantitas in codicillo delata est. nam et apud veteres legata talia fuere, *quantum ei per epistolam scripsero*, *quantum ex illa actione detraxero*, *heres dato*. Die letztern Worte zeigen, daß der Erblasser die Größe des Gegenstandes auch von einer stillschweigenden Erklärung (quantum ex illa actione detraxero) abhängig machen könne. — Was nun in diesen Stellen von dem Bedachten und dem Gegenstande gesagt ist, das muß analog auch von dem Beschwerten gelten.

21) D. de reb. dub., XXXIV. 5. l. 25. . . . . testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit adimplenda.

22) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 38. . . . . tamen ex testamento valet etc.

23) Je nach Umständen wird dann das Vermächtniß fallen, wenn es z. B. dadurch, daß der Erblasser die spätere Erklärung unterlassen hat, an der Bezeichnung irgend eines Bedachten oder eines Gegenstandes fehlt. In andern Fällen hingegen kann das Vermächtniß bei Kraft bleiben, wenn z. B. ein bestimmter Beschwerter, den der Erblasser noch bezeichnen wollte, mit der spätern Erklärung selbst hinwegfällt. Ueberhaupt wird man, wenn die beabsichtigte spätere Erklärung unterbleibt, dieselben Grundsätze anwenden müssen, wie wenn der Erblasser in seinem Testament oder Kodizill über den Beschwerten, Bedachten oder den Gegenstand sich so unbestimmt erklärt hätte, daß man hierüber zu keinem sichern Ergebniß zu gelangen im Stande ist. Zu vergl. oben zu Note 12 ff.

24) Wenn der Erblasser z. B. die Bezeichnung des Bedachten auf eine schriftliche Erklärung aussetzt, später jedoch mündlich sich darüber ausspricht, so steht der Wirksamkeit der mündlichen Erklärung lediglich nichts im Wege. Denn der Erblasser hat sich dadurch, daß er eine bestimmte Weise der Erklärung in Aussicht stellte, nicht gebunden, nur in jener bestimmten Weise sich auszusprechen. Auf der einen Seite muß auch hier gelten: ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. Auf der andern könnte man auch den Ausspruch hierher ziehen: nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia (D. de test. milit., XXIX. 1. l. 3), d. h. in Anwendung auf unsern Fall: es sei nicht anzunehmen, der Erblasser habe deßhalb auf eine bestimmte Weise einer künftigen Erklärung verwiesen, um sich die Hände zu binden, und dadurch selbst die Veranlassung zu werden, daß man seine letztwillige Verfügung mit Erfolg angreife. Endlich findet sich eine Bestätigung des Textes in folgender Stelle, D. de jure codic., XXIX. 7. l. 6. §. 2. Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati neque manu ejus scripti fuerint: nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant. So wenig also für die Zeit dieser Stelle, wo Kodizille noch keiner Form bedurften, eine bei der confirmatio codicillorum irgendwie vorher beliebig bestimmte Form den Erblasser gebunden hätte; so wenig er bei uns auf schriftliche Kodizille beschränkt wäre, wenn er etwa in seinem Testamente gesagt hätte, daß nur solche Kodizille von ihm gelten sollen, die er in Zukunft schriftlich errichten würde; eben so wenig kann er in unserm Fall auf die Weise der Erklärung beschränkt werden, auf die er gerade die Bezeichnung des Beschwerten, des Bedachten oder des Gegenstands ausgesetzt haben würde.

25) Ein innerer Grund dafür, daß bei mündlichen Testamenten und Kodizillen nicht der gleiche Grundsatz gelte, wie bei schriftlichen, findet sich in der That nicht vor. Denn hören die Zeugen nur die Verfügung des Erblassers, wornach er die Bezeichnung des Beschwerten, Bedachten oder des Gegenstands auf eine spätere Erklärung stellt, und können sie hierüber

ein Zeugniß ablegen; so sieht man nicht ein, weßhalb diese Verfügung weniger zulässig sein soll, als wenn sie in einem schriftlichen Testament oder Kodizill getroffen worden wäre. Allein die Bestimmungen unsers positiven Rechts sind so entschieden für die im Texte aufgestellte Ansicht, daß man diese auch ohne innere Begründung festhalten muß. Einmal setzen die Stellen, welche den Vorbehalt einer künftigen weitern Erklärung zulassen (oben Note 20) eine schriftliche letztwillige Verordnung voraus: die eine namentlich (D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 38. Si ita *scripsero* etc.), die andere (D. de reb. dub., XXXIV. 5. l. 25) höchst wahrscheinlich, da die schriftlichen Testamente zur Zeit von Celsus doch die gewöhnlichen sein mochten. Sodann will unser positives Recht, daß bei mündlichen letztwilligen Verordnungen die Zeugen mit dem Inhalt derselben, auch sofern derselbe blos Vermächtnisse betrifft, nach seinem ganzen Umfange bekannt gemacht werden. C. de test., VI. 23. l. 26. In testamentis sine scriptis faciendis . . . . . satis sit voluntatem testatoris, vel testatricis simul omnibus *manifestari*, *significantis*, ad quos substantiam suam pervenire velit, vel quibus *legata dare*, vel *fideicommissa*, vel *libertates disponere* etc. Die Stelle spricht zwar nur von den Bedachten (*quibus* legata dare vel fideicommissa), allein der Sinn der Stelle geht offenbar dahin, daß die ganze Verschaffung, somit die Verschaffung in Rücksicht der Personen und des Gegenstandes den Zeugen bekannt gemacht werden soll. Zudem kommt, daß die Stelle sagt: quibus *legata* dare vel *fideicommissa*. Da hieße es doch, ihr Gewalt anthun, wenn man die Nothwendigkeit der Bekanntmachung an die Zeugen nicht auf die Legate und Fideicommisse selbst, d. h. auf die Gegenstände beziehen wollte, welche legirt oder fideicommittirt werden. Ueberdieß muß die Analogie dessen, was für die Bedachten verordnet wird, auch für die Beschwerten und die Gegenstände entscheiden. Ganz zweifellos ist die Bestimmung des deutschen Rechts, RO. von 1512, von Testamenten §. 8. Aber die Form eines Testaments, das nuncupativum genannt wird, ist also: daß der oder die, so das Testament machen will, des oder deren, so er oder sie zu erben haben, d e s o d e r d e r e n, d e n e n e r e t w a s v e r s c h a f f e n o d e r v e r l a s s e n w i l l, N a m e n u n d w a s e r i m T e s t a m e n t b e g r i f f e n h a b e n w o l l t e, vor sieben Zeugen . . . ö f f e n t l i c h u n d k l ä r l i c h b e n e n n t u n d a u s g e d r ü c k t w i r d. — Uebrigens spricht sowohl diese Stelle, wie die vorhin angeführte des Codex nur von Testamenten; doch dürfte es keinem Anstand unterliegen, mündliche Kodizille analog eben so zu behandeln. Verkennen läßt sich freilich nicht, daß die Beschränkung unsers Grundsatzes auf schriftliche Testamente und Kodizille mit dem bei Note 15—17 dargestellten Grundsatz nicht in Einklang zu stehen scheint. Denn eine spätere Erläuterung oder Ergänzung ist auch bei einem mündlichen Testament oder Kodizill zulässig; und man sollte denken, daß der Vorbehalt einer künftigen weitern Erklärung noch viel mehr zulässig sei. Bei genauerer Prüfung

dürfte indessen jeder Schein eines Widerspruchs verschwinden. Zwischen einer Erläuterung und Ergänzung auf der einen und einem solchen Vorbehalt auf der andern Seite ist der Unterschied so groß (oben Note 19), daß ein Schluß von der Statthaftigkeit der erstern auf die des letztern nicht gerechtfertigt werden könnte. Einem Erblasser, der sich ungeschickt ausgedrückt oder Etwas vergessen hat, gestatten, daß er den Fehler hintendrein durch eine einfache Erklärung verbessere, das läßt sich als eine natürliche und im hohen Grade billige Rücksicht begreifen. Daraus folgt aber nicht, daß es ihm auch erlaubt sein müsse, seinen letzten Willen, aus welchem Grunde es sein mag, geflissentlich unvollständig zu erklären, und sich dessen Vervollständigung für eine spätere Aeußerung vorzubehalten. Würde daher unser positives Recht einen solchen Vorbehalt bei schriftlichen Testamenten und Kodizillen nicht namentlich zulassen, so würden wir selbst für diese aus der Statthaftigkeit einer Erläuterung und Ergänzung nicht den Schluß ziehen dürfen, daß auch ein Vorbehalt der bezeichneten Art statthaft sei. Bei mündlichen Testamenten und Kodizillen hat ihn unser positives Recht nicht nur nicht erlaubt, sondern sogar ausgeschlossen. Damit ist jedoch die Zulässigkeit einer nachträglichen Erläuterung und Ergänzung recht wohl vereinbar. — Es versteht sich von selbst, daß bei dem mündlichen formlosen Fideicommiß der beschriebene Vorbehalt ebenfalls unzulässig ist, indem hier zwar keine Zeugen vorkommen, aber das ganze Vermächtniß nach allen seinen Beziehungen ausschließlich von der fides des Beschwerten abhängig ist, und mithin die vorbehaltene Erklärung höchstens dem Beschwerten gegenüber gemacht werden könnte. In dieser Beschränkung dürfte der Vorbehalt allerdings zulässig sein.

26) Denn eine Erläuterung und Ergänzung ist auch bei mündlichen letzten Willen gestattet (oben zu Note 17).

27) Sofern und soweit ein Vermächtniß in den Willen eines Dritten oder des Beschwerten gelegt wird, insofern und insoweit wird es ja auch auf eine spätere Erklärung ausgesetzt und zwar gerade eines Dritten oder des Beschwerten. Da muß es denn doch gewiß auch in demselben Umfang auf eine spätere Erklärung des Erblassers selbst gestellt werden können.

§. 31.

Fortsetzung.

Kein Vermächtniß kann in den Willen des Beschwerten gelegt werden [1]), es geschähe denn in der Form einer potestativen Bedingung [2]), oder es wäre das Vermächtniß von dem Willen

des Beschwerten als einem arbitrium boni viri abhängig gemacht worden [3]). Auf das Nichtwollen des Beschwerten mag ein Vermächtniß immerhin ausgesetzt werden, wo dann die erste Erklärung entscheidet [4]). Jedenfalls darf das Wann [5]), die Wahl unter mehrern Gegenständen [6]) oder unter mehrern bestimmten Bedachten [7]) dem Beschwerten anheimgegeben werden; wo dann im ersten Fall, wenn der Beschwerte selbst nicht darüber entscheidet, mit seinem Tode der Zeitpunkt für die Geltendmachung eintritt [8]), in dem zweiten das Legat entweder als ein alternatives oder als ein generelles mit Wahlrecht des Beschwerten erscheint [9]), in dem dritten endlich, wenn der Beschwerte nicht wählt, alle Bedachten berechtigt sind [10]).

Von dem Willen des Bedachten kann ein Vermächtniß wohl abhängig gemacht werden, und ist eine solche Bedingung als conditio tacita nicht anzusehen [11]).

Ob ein Vermächtniß auf den Willen eines Dritten ausgesetzt werden dürfe, wird wohl richtiger römischrechtlich verneint [12]), kanonischrechtlich hingegen bejaht [13]). Unter allen Umständen versteht es sich jedoch von selbst, daß der Wille eines Dritten in allen den Richtungen zum maßgebenden gemacht werden darf, in welchen selbst der Wille des Beschwerten es werden kann [14]). Im Ganzen gelten hiebei auch die gleichen Grundsätze und nur theilweise greifen eigenthümliche Bestimmungen Platz [15]).

1) D. de reb. dub., XXXIV. 5. l. 7. §. 1. . . . . verissimum est, utile esse fideicommissum, *nec enim in arbitrio ejus*, qui rogatus est, *positum est*, *an omnino velit restituere*, sed cui potius restituat etc. — de fideicom. libert., XL. 5. l. 46 pr. . . . . nihil aliud in testamento potest valere ex nutu heredis.

2) Dieß war selbst nach dem frühern Recht, welches keine Vermächtnisse poenae nomine zuließ, möglich. Denn nicht jedes Vermächtniß, welches unter einer Potestativbedingung für den Beschwerten angeordnet

war, ist poenae nomine angeordnet. Schon von einem allgemeinen Standpunkte aus muß man zugeben, daß der Erblasser häufig gar nicht daran denkt, dem Beschwerten einen Nachtheil, so zu sagen eine Strafe aufzulegen, weil er thut, was die Bedingung enthält. Vielfach wird er nur die Absicht haben, den Beschwerten durch einen möglichen Nachtheil von dem abzuhalten, was den Inhalt der Potestativbedingung ausmacht, ohne daß ihm im Entferntesten auch nur ein Gedanke kommt, den Beschwerten zu strafen, weil er die in die Bedingung aufgenommene, positive oder negative Handlung vornimmt. Umgekehrt wird es sogar geschehen, daß der Erblasser mit der Potestativbedingung gerade den Vortheil des Beschwerten im Auge hat. Er will ihn nicht strafen, wenn er die Erfüllung der Bedingung herbeiführt, sondern er will ihn durch die Gefahr eines Nachtheils von einer Handlung abhalten, die, wie der Erblasser meint, dem Beschwerten schädlich wäre. Und kann denn die hier vorausgesetzte Weise der Anordnung nicht auch blos in gewisser Art eine andere Form für ein alternatives Vermächtniß sein? Z. B. penum dato, si non dederit decem dato, oder unmittelbar si penum non dederit decem dato. Die römischen Rechtsgelehrten haben nicht daran gedacht, ein solches Legat als ein legatum poenae nomine zu verwerfen. Im Gegentheil, sie behandeln es als ein gültiges Legat und erörtern die Frage, was hier eigentlich Gegenstand des Legats sei und die weitern damit zusammenhängenden Fragen, ohne auch nur einen Zweifel gegen seine Zulässigkeit zu äußern (D. de penu leg., XXXIII. 9. l. 1. — ad leg. Falcid., XXXV. 1. l. 1. §. 8. — quand. d. legat., XXXVI. 2. l. 24). Aber sie erkennen sogar ausdrücklich an, daß nicht jedes Legat, das einem Beschwerten unter einer Potestativbedingung auferlegt werde, ein Legat poenae nomine sei. Vielmehr nehmen sie hier geradezu auf die Absicht des Erblassers Rücksicht. Je nach dieser Absicht beurtheilen sie das Vermächtniß als ein poenae nomine hinterlassenes, oder einfach als ein solches, womit der Beschwerte eben unter einer potestativen Bedingung belastet worden sei, D. de his quae poen. caus., XXXIV. 6. l. 2. Poenam a conditione *voluntas testatoris separat*, et an poena an conditio an translatio sit, ex *voluntate* defuncti apparet. Daher haben wir auch keinen Grund, in D. de legat. II. l. 3. die in der Person des Erben als Beschwerten gestellte Potestativbedingung durch irgend welche Conjectur zu beseitigen, um die Stelle mit dem Rechte ihrer Zeit in Einklang zu bringen. Wir brauchen weder das heres im Anfang der Stelle in *legatarius* zu verwandeln, noch zu den Worten: si in Capitolium non ascenderit das Wort *legatarius* hinzuzunehmen; wir haben nur vorauszusetzen, daß es sich in dieser Stelle von einem Falle handelt, wo nach der Absicht des Erblassers kein legatum poenae nomine, sondern eine bloße Potestativbedingung vorlag, und die Sache ist im Reinen. Eben deßhalb sind wir weiter nicht berechtigt, D. de legat. I. l. 43. §. 2. Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest auf eine

Potestativbedingung zu beziehen. Von der letztern hätte Ulpian nach dem Rechte seiner Zeit nicht in der Allgemeinheit sagen können: *in* heredis non potest (zu vergl. unten Note 12); abgesehen davon, daß die Stelle bei jener Beziehung zu dem Justinianischen Rechte gar nicht paßt.

3) D. de legat. I. l. 75 pr. — de legat. III. l. 11. §. 7 und 8. — de fideic. libert., XL. 5. l. 46. §. 3.

4) D. de legat. III. l. 11. §. 5.

5) D. de fideic. libert., XL. 5. l. 46. §. 4.

6) J. de legat., II. 20. §. 22. — D. de legat. I. l. 110. l. 84. §. 9. l. 109. §. 1.

7) D. de reb. dub., XXXIV. 5. l. 7. §. 1. — de fideic. libertat., XL. 5. l. 46. §. ult.

8) D. de legat. III. l. 11. §. 6. l. 41. §. 13.

9) Zu vergl. Note 6.

10) D. de legat. II. l. 24. l. 67. §. 7. l. 77. §. 4.

11) D. de legat. I. l. 65. §. 1. — de cond et demonst., XXXV. 1. l. 69.

12) Es ist im hohen Grade wahrscheinlich, daß die römischen Rechtsgelehrten hierüber nicht einerlei Meinung waren. Auf der einen Seite sagt Modestin ganz bestimmt D. eod., l. 52. . . . . in alienam voluntatem conferri legatum non potest etc.; auf der andern ist Ulpian gerade entgegengesetzter Ansicht. Zwar D. de legat. II. l. 1 pr. ließe sich wohl noch dahin erklären, es könne ein Legat von dem Willen eines Dritten abhängig gemacht werden, sofern dieß in der Form einer Potestativbedingung geschehe. Schon weniger einer solchen Erklärung zugänglich ist D. de legat. I. l. 43. §. 2. Es steht ihr nicht nur der oben (Note 2) hervorgehobene Grund entgegen, sondern auch der Wortausdruck der Stelle selbst. Wenn Modestin in der vorhin angeführten Stelle sagt: in alienam voluntatem conferri legatum non potest, und Ulpian hier sich also ausspricht: legatum in aliena voluntate poni potest, so sieht der letztere Ausspruch doch ganz gewiß wie das gerade Gegentheil des erstern aus. Es hieße ihm Gewalt anthun, wollte man ihn auf eine Potestativbedingung beziehen, um nur den Widerspruch zwischen Modestin und Ulpian zu beseitigen. Weit eher noch ließe sich die aliena voluntas bei Ulpian wegen des nachfolgenden Satzes (in heredis non potest) auf die voluntas des Legatars beschränken, wenn nicht dieser Beschränkung wiederum der Gegensatz des Modestinischen Ausspruchs im Wege stünde. Unter allen Umständen geht indessen die der Modestinischen entgegengesetzte Ansicht Ulpian's ganz unzweideutig hervor aus D. de fideic. libert., XL. 5. l. 46. §. 2. Sed si ita adscriptum sit, *si Sejus voluerit*, *Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici, valere libertatem; quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, *si Titius Capitolium ascenderit*. Hier bleibt nur der einzige Ausweg übrig, für die Freiheit eine Ausnahme zu behaupten. An und für

sich könnte man sich diesen Ausweg schon gefallen lassen, da die Freiheit auch sonst noch abweichend behandelt wird. Allein der Inhalt der Stelle widerstrebt ganz entschieden. Einmal zeigen die Worte *mihi videtur* posse dici, daß Ulpian hier einer andern, entgegengesetzten Meinung widersprechen will, daß mithin gerade über die Ausnahme für die Freiheit Streit obgewaltet haben müßte. Sodann ist der Grund der Ulpianischen Entscheidung so allgemeiner Art, daß an eine Ausnahme gar nicht zu denken ist. Die Anordnung: *si Sejus voluerit*, meint Ulpian, sei eben eine bedingte, wie die: *si Titius Capitolium ascenderit*, hier wie dorten — dieß ist der eigentliche Gedankengang — hänge die Bedingung, somit die Anordnung von dem Willen eines Dritten ab; sei nun die letztere in dem einen Fall zulässig, so müsse sie es auch in dem andern sein. Daß diese Argumentation auf keine Ausnahme hinweise, sondern viel weiter greife, und auch für andere letztwillige Anordnungen vollkommen zutreffe, leuchtet auf den ersten Blick ein. — Sehen wir jetzt zurück auf die oben angedeutete Auslegung von D. de legat. II. l. 1 pr., so wird es uns klar, daß gar keine Ursache vorliegt, dieselbe festzuhalten. Sie ist, das wird wohl Jedermann zugeben, immerhin etwas künstlich. Nunmehr aber stellt sie sich auch als eine allen Grundes entbehrende heraus. Fassen wir nämlich die Worte der l. 1 pr. cit. ganz einfach auf, wie sie vorliegen (in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest: quid enim interest, *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an *si voluerit?*), so zeigt sich in ihnen dieselbe Betrachtungsweise wie in D. de fideic. libert., XL. 5. l. 46. §. 2. Mag man das *veluti* in l. 1. cit. für sicut, für quasi, tanquam, oder für ad exemplum nehmen; der Sinn bleibt im Wesentlichen derselbe. Ulpian will sagen: in den Willen eines andern könne ein Legat eben so wie eine Bedingung (veluti conditio = sicut conditio, oder veluti conditio = ad exemplum conditionis), oder gleichsam als Bedingung (veluti conditio = quasi, tanquam conditio) gelegt werden. Denn es sei zwischen einem Legat unter der Bedingung: si Titius Capitolium ascenderit, und zwischen einem Legat: si Titius voluerit lediglich kein Unterschied. — So haben wir denn drei Stellen von Ulpian, in welchen überall ein auf den Willen eines Dritten gestelltes Vermächtniß als statthaft erklärt wird. — Vergleichen wir nun mit diesen Ulpianischen Stellen die von Modestin herrührende D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 52, so sieht es fast aus, als ob Modestin die Begründung Ulpians widerlegen wollte. Aber freilich zeigt der Schlußsatz (*inde dictum est*, expressa nocent, non expressa non nocent), daß die Argumentation Modestin's weit älter ist. In der That enthält auch eine Stelle von Pomponius dieselbe Begründung hinsichtlich der Erbeseinsetzung (D. de hered. inst. XXVIII. 5. l. 68), deren sich Modestin bei den Legaten bedient. Sollt etwa in dem Gegensatze von Ulpian und Modestin ein Nachklang einer ältern Schulstreitigkeit sich hören lassen? — Wie dem sei, zwischen Ulpian

und Modestin besteht ein Gegensatz, den wir nicht auszugleichen vermögen. Wir können demnach weder die Ansicht von jenem noch die von diesem befolgen. Der Inhalt der sich widersprechenden Stellen hebt sich gegenseitig auf, und wir müssen daher die Frage, ob ein Vermächtniß in den Willen eines Dritten gestellt werden kann, gerade so behandeln, wie wenn wir darüber in unsern Quellen gar keine Entscheidung hätten. — Indessen tritt hier ein eigenthümlicher Umstand ein. Der Widerspruch findet sich nur bei Vermächtnissen, nicht bei der Erbeseinsetzung. Den Stellen, welche die letztere nicht in den Willen eines Dritten gelegt wissen wollen (D. de hered. inst., XXVIII. 5. l. 32. l. 68), steht keine von verschiedenem Ausspruch entgegen. Es ist zwar kaum anzunehmen, daß die Sache bei Legaten sollte anders beurtheilt worden sein als bei Erbeseinsetzungen. Man möchte vielmehr meinen, daß wer hier den Willen eines Dritten ausschließt, ihn auch dorten ausschließen werde, und umgekehrt wer ihn dorten zuläßt, ihn auch hier zulassen werde. Denn die Gründe für wie gegen sind in der That wesentlich die gleichen bei Erbeseinsetzungen wie bei Legaten. So könnte es scheinen, daß wir nach der Argumentation Ulpians wie bei Legaten so auch bei der Erbeseinsetzung ein alienum arbitrium für statthaft halten, und mithin selbst für die Erbeseinsetzung einen Widerspruch in den Quellen voraussetzen müßten. Allein man hat hier gewiß anzuerkennen, es lasse sich recht wohl denken, daß manche Rechtsgelehrte mit der Erbeseinsetzung es strenger nahmen als mit Vermächtnissen, strenger als selbst mit dem alten, civilen Legat. Warum sollte es auch nicht möglich sein, daß manche Rechtsgelehrte dem in D. de hered. inst., XXVIII. 5. l. 32 pr. erwähnten Ausspruch der Veteres ebenfalls huldigten, aber ihn auf Testamente als solche (testamentorum jura), auf das caput testamenti beschränkten? Solche Rechtsgelehrte konnten nun vollkommen damit einverstanden sein, daß die Erbeseinsetzung nicht auf den Willen eines Dritten gestellt werde, während sie es für zulässig erachteten, Legate auf fremdes Wollen auszusetzen. Daher sind wir, die wir den Ausschluß eines fremden Willens (alienum arbitrium) für die Erbeseinsetzung einmal widerspruchslos in den Quellen vorfinden, nicht berechtigt, einen Widerspruch in sie blos deßhalb hineinzutragen, weil er für Legate vorhanden ist, und es folgerichtiger wäre, ihn auch für die Erbeseinsetzung anzunehmen. Vielmehr handelt es sich für uns darum, ob wir, nachdem einmal die Stellen über Vermächtnisse sich widersprechen und gegenseitig aufheben, die Bestimmungen über die Erbeseinsetzung analog auf Vermächtnisse anwenden dürfen. Diese Frage glaube ich bejahen zu können, weil es doch folgerichtiger ist, beide nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln. Dürfen wir uns auch nicht auf diese Folgerichtigkeit stützen, um die widerspruchslose Bestimmung unserer Quellen bei der Erbeseinsetzung zu einer widersprochenen zu machen, so dürfen wir sie umgekehrt benützen, um die wegen des Widerspruchs bei Vermächtnissen vorhandenen Lücken zu ergänzen.

13) C. 13. X. de testam., III. 26. Ohne die sehr gewichtigen Gründe zu verkennen, welche für die dem Text entgegengesetzte Meinung geltend gemacht werden, so muß ich dennoch die Ansicht des Textes festhalten. Das hier in Frage kommende Privilegium der Geistlichen kann in dem Sprengel des Bischofs von Auxerre nicht fest begründet und unbestritten gewesen sein; außerdem wäre die Anfrage des Bischofs unerklärlich. Diese Anfrage lautet nun ganz allgemein (C. 18. X. de V. S., V. 40. .... [an illi, qui in voluntate .. alterius suam committunt ultimam voluntatem .... dicantur decedere intestati ..] etc.), und es erscheint nicht gerechtfertigt, bei dem Wort: *illi* das Wort: clerici hinzuzufügen oder zu subintelligiren. Die Art und Weise derselben aber (an ..... dicantur decedere *intestati*) berechtigt uns umgekehrt, ihr den Sinn zu unterstellen: ob die, welche ihren letzten Willen in voluntate alterius committunt, nicht vielmehr als intestati zu betrachten seien. Der Bischof, das Recht der canonici ihren letzten Willen der Bestimmung eines Dritten zu überlassen anzweifelnd, scheint davon auszugehen, daß eine solche letztwillige Erklärung überhaupt und mithin auch für seine canonici unstatthaft sei. Seine Frage geht demnach dahin, ob es überhaupt zulässig sei, einen letzten Willen in das Belieben eines andern zu stellen, und ob nicht vielmehr diejenigen, die dieses thun (also auch die canonici) als intestati behandelt werden müssen. Hätten wir die Anfrage des Bischofs ihrem ganzen Inhalte nach, statt daß sie uns nur kurz und gedrängt in der betreffenden Antwort des Pabstes erhalten ist, so würde sie vielleicht unsere Auffassung vollkommen bestätigen. Indessen selbst in der Kürze, wie sie uns vorliegt, bietet sie nach dem Ausgeführten einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür. Der Pabst nimmt die Frage ebenfalls von ihrer allgemeinen Seite, und berührt die besondere, wornach sie mittelbar auch auf die canonici sich bezieht, zunächst gar nicht. Indem er sie jedoch nach ihrer allgemeinen Richtung entscheidet, entscheidet er sie zugleich mittelbar nach ihrer besondern. Er erklärt (c. 13 cit.) dicimus, quod, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Weder der Bischof in seiner Anfrage, wie sie uns vorliegt, noch auch der Pabst erwähnt in seiner Antwort der Kleriker besonders. Wäre die Anfrage des erstern speciell auf die clerici oder canonici gerichtet gewesen, so hätte ein Pabst wie Innocenz III., namentlich wenn er wirklich Jureconsultorum Pontifex oder Pontificum Jureconsultissimus war, schon um Mißverständniß zu verhüten, schwerlich so allgemein geantwortet wie er gethan. Der Charakter der Antwort läßt zurückschließen auf den der Anfrage, und dieß bietet ein Argument weiter dafür, daß die letztere allgemein und nicht auf Kleriker beschränkt war, wie die erstere allgemein, und nicht auf Kleriker beschränkt ist. — Somit ist durch das canonische Recht die Bestimmung des römischen Rechts aufgehoben. Zwar scheint das erstere zunächst nur die Erbeseinsetzung im Auge zu haben; aber hier ebenfalls muß die Analogie der letztern auch für Vermächtnisse entscheiden.

Diese Aenderung des canonischen Rechts wird gewiß nicht die Verwirrung erzeugen, welche man von ihr fürchtet, und welche wohl mit einen Hauptgrund bildet, weßhalb man sich gegen ihre Annahme sträubt. Vor allem darf man sich das committere in alterius voluntatem nicht als etwas Regelloses denken. Natürlich hat man vorauszusetzen, daß dasselbe in einem letzten Willen geschehe, der formell gültig ist, folglich in einem gültigen Testament, wenn es sich von einer Erbeseinsetzung, oder mindestens in einem gültigen Kodizill, oder durch eine persönlich-mündliche Auflage, wenn es sich von einem Vermächtniß handelt. Sodann hat man weiter allenthalben, wo eine letztwillige Verfügung in das Belieben eines Dritten gelegt wird, die Anordnung als eine bedingte zu betrachten, deren Erfolg jedenfalls mit dem Tode des Dritten gewiß wird. Denn wenn der Dritte über den oder die Erben, über den oder die Vermächtnißnehmer oder auch über die Gegenstände der Vermächtnisse bis zu seinem Tode sich nicht erklärt hat, so ist eben die Bedingung gefallen, und mit ihr die daran geknüpfte Anordnung. Es könnte sich übrigens fragen, ob den bei dieser Erklärung Betheiligten, z. B. Gläubigern oder Intestaterben nicht das Recht zuzugestehen wäre, den Dritten gerichtlich auffordern zu lassen, sich über die Erfüllung der Bedingung zu erklären. Die Analogie dessen, was einem berufenen Erben gegenüber gilt, der mit dem Antritt der Erbschaft zögert, könnte für jenes Recht sprechen. Freilich der vom Gericht anzuwendende Zwang würde hier anders gestaltet sein müssen. Wie man übrigens hierüber denken mag, und wollte man auch ein solches Recht nicht anerkennen, so würde doch der Umstand, daß sich der Erfolg der Bedingung erst mit dem Tode des Dritten entscheidet, kein Grund sein gegen Anordnungen, wie sie das canonische Recht gestattet. Auch sonst können die Bedingungen vorkommen, deren Erfolg sich lange Zeit hinauszieht.

14) Denn es liegt in der Natur der Sache, daß es rechtlich viel bedenklicher erscheint, ein Vermächtniß in irgend einer Weise von dem Willen des Beschwerten, als von dem eines Dritten abhängig zu machen.

15) Nämlich da, wo dem Dritten die Wahl unter mehrern bestimmten Gegenständen für das Vermächtniß überlassen ist. Hier muß er innerhalb eines Jahres wählen. Nimmt er die Wahl in dieser Zeit nicht vor, weil er nicht will oder nicht kann, so geht das Wahlrecht auf den Legatar über, C. comm. de legat., VI. 43. l. 3. §. 1.

§. 32.

Besondere Gestaltungen.

A. Bedingungen *).

Wie zur Erbeseinsetzung, so können auch zu den Vermächtnissen Bedingungen hinzugefügt werden, die jedoch rechtlich nur dann als Bedingungen gelten, wenn sie weder in der Vergangenheit oder Gegenwart liegen [1]), noch sich von selbst verstehen [2]), es hätte denn der Erblasser, indem er eine conditio tacita hervorhob, ihr die Eigenschaft einer wirklichen Bedingung zu geben beabsichtigt [3]), noch nothwendiger Weise eintreten [4]).

Auch stillschweigend kann eine Bedingung hinzugefügt werden, sofern sie aus der Weise der Anordnung gefolgert wird [5]). Wann eine solche Folgerung Platz greife, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen; es kommt hier allein auf den einzelnen Fall an. Nur für einige Fälle macht das römische Recht selbst die Folgerung, es habe der Erblasser das Vermächtniß an eine Bedingung geknüpft. Einmal wird jedes Vermächtniß, das der bedingten Erbeseinsetzung des Bedachten nachfolgt [6]), ebenfalls als ein bedingtes behandelt [7]), sofern der Wille des Erblassers nicht entgegensteht [8]). Weiter gilt die Regel: wenn ein nachfolgendes Vermächtniß in der Art auf eine vorhergehende testamentliche Verfügung bezogen oder mit ihr in Verbindung gesetzt wird, daß es dieselbe gleichsam neu bestätigt oder wiederholt [9]), so nimmt man an, die Bedingung der frühern Verfügung sei auch für das

*) Das rechtliche Verhältniß, welches aus bedingten Vermächtnissen hervorgeht, sei die Bedingung suspensiv oder resolutiv hinzugefügt, und handle es sich von der Zeit vor oder nach Eintritt der Bedingung, kann erst später dargestellt werden. Nur einzelne Punkte konnten jetzt schon des Zusammenhangs wegen nicht ganz unberücksichtigt bleiben.

Vermächtniß wiederholt worden [10]), gerade wie wenn die mehreren Verschaffungen cumulativ unter jener Bedingung angeordnet worden wären. Dagegen hat bei alternativen Vermächtnissen die dem einen Glied hinzugefügte Bedingung nur die Wirkung, daß der Bedachte auch das andere Glied nicht fordern kann, bevor die Bedingung eingetreten ist [11]). Tritt sie freilich nicht ein, dann wird das Vermächtniß in seinem unbedingten Theile rückwärts als ein einfaches behandelt, bei welchem das dies cedit schon mit dem Tode des Erblassers zusammentraf [12]). Endlich wird die Bedingung eines Legats, welches auf einen andern übertragen wird, als wiederholt angesehen, wenn nicht die Verhältnisse der Personen eine Ausnahme begründen [13]).

Ohne durch die Art und Weise der Verfügung dazu veranlaßt zu sein, nimmt das römische Recht an, es sei in dem Willen des Erblassers eine Bedingung gelegen, wenn ein kinderloser Descendent mit ganzer oder theilweiser Herausgabe dessen, was ihm vom Erblasser verschafft worden ist, beschwert wird [14]) und, bevor die Zeit der Restitution eingetreten ist [15]), Kinder bekommen hat, welche zu jener Zeit noch vorhanden sind [16]). Allein diese, als eine rechtlich sich von selbst verstehende Bedingung schiebt, wenn der Descendent ohne Kinder gestorben ist, rückwärts das dies cedit nicht auf.

Es können auch mehrere Bedingungen hinzugefügt werden, sowohl verbunden als gesondert [17]).

Die Bedingungen sollen entweder das Vermächtniß aufschieben, oder sie werden als auflösende beigesetzt; in dem letzten Fall mit der Wirkung, daß sie nicht wie nach früherm Recht in aufschiebende verwandelt werden [18]), sondern ein unbedingt verliehenes Legat mit ihrer Erfüllung wiederum auflösen und rück-

gängig machen [19]). Uebrigens gab es auch in dem frühern Rechte Vermächtnisse, sogar legata, die einer Resolutivbedingung im eigentlichen Sinne allerdings zugänglich waren [20]). Auch ließ sich die bedingte Auflösung eines Vermächtnisses in der vorjustinianischen Zeit dadurch anordnen, daß der Erblasser dem mit einem legatum oder fideicommissum Bedachten wiederum ein Vermächtniß unter einer Suspensivbedingung auferlegte. Denn auch in dem vorjustinianischen Rechte war es gestattet, einen Singularsuccessor wiederum mit einem Vermächtniß zu beschweren, zwar nicht mit einem legatum, aber doch mit einem fideicommissum [21]). Es konnte dieß sowohl zu Gunsten eines Dritten als zu Gunsten des ersten Beschwerten geschehen [22]). Von selbst versteht es sich, ein solches, einem Singularsuccessor auferlegte Vermächtniß durfte, wie jedes Vermächtniß, legatum oder fideicommissum, dem zweiten Bedachten ex die oder sub conditione gegeben werden [23]). War nun der Gegenstand des zweiten Vermächtnisses verschieden von dem des ersten, so lag keine Aufhebung des letztern im eigentlichen Sinne vor [24]). Sollte aber der erste Bedachte gerade den ihm verschafften Gegenstand an den zweiten Vermächtnißnehmer herausgeben, so wurde dadurch das erste Vermächtniß allerdings wiederum aufgelöst [25]), und erschien demnach, sobald das zweite Vermächtniß ex die oder sub conditione angeordnet war, als ein ad diem oder unter einer Resolutivbedingung verliehenes Vermächtniß: freilich nur mittelbar. Unmittelbar und wesentlich enthielt die Zeitbestimmung einen dies a quo, einen Aufschub des dies venit für den zweiten Bedachten. Ebenso stellte sich die Bedingung unmittelbar und zunächst als eine Suspensivbedingung für das zweite Vermächtniß dar. Aber immerhin war es möglich, in dieser Form, sei's auch nur mittelbar, die Auflösung

eines Vermächtnisses nach Eintritt einer bestimmten Zeit oder unter einer Bedingung herbeizuführen.

Es liegt in der Natur der Sache, daß diese Art von mittelbar auflösender Bedingung auch im Justinianischen Rechte zulässig ist [26]). Aber sie darf mit der unmittelbar auflösenden Bedingung, oder mit der einfachen und reinen Resolutivbedingung nicht verwechselt werden. Sie unterscheiden sich in wesentlichen Beziehungen [27]).

Endlich gab es vom Standpunkte des vorjustinianischen römischen Rechts auch noch eine andere Weise, die Auflösung eines Vermächtnisses unter einer Bedingung zu bewirken. Der Erblasser konnte nämlich ein Vermächtniß unbedingt anordnen, dasselbe aber unter einer Bedingung auf einen Andern übertragen, so daß nicht der erste Bedachte zu Gunsten des zweiten beschwert wurde, sondern beiden Bedachten ein und derselbe Beschwerte gegenüberstand. Das erste Vermächtniß als ein unbedingtes ward nun, wenn die Bedingung des zweiten eintrat, aufgehoben, und der Gegenstand desselben gelangte an den zweiten Bedachten. Indessen ist die Bedingung auch hier zunächst eine suspensive für das zweite Vermächtniß, und nur mittelbar resolvirend für das erste. Dessen ungeachtet hat das frühere Recht die Bedingung nicht geradezu in der Art wirken lassen, wie sie gestellt war, sondern dieselbe in eine entgegengesetzte Suspensivbedingung für das erste Vermächtniß verwandelt [28]). Nur in dem Fall, wenn eine solche Umwandlung durchaus nicht anging, erhielt man die Anordnung des Erblassers in ihrer ursprünglichen Gestalt aufrecht, ließ mit Einrritt der Bedingung das erste Vermächtniß sich auflösen und das zweite zu Kraft gelangen [29]). Wo indessen trotz der Umwandlung das erste Vermächtniß vermöge der Mu-

tiana cautio alsbald wirksam wurde, da hörte die Wirksamkeit dennoch auf, sobald die Bedingung für das zweite Vermächtniß sich erfüllt hatte. Dadurch könnte man sich etwa verleiten lassen, noch weiter zu gehen und in dem Gegentheil der umgewandelten Bedingung, also gerade in der Bedingung, wie sie der Erblasser ursprünglich gestellt hatte, doch auch eine wirkliche Resolutivbedingung zu erblicken. Es ließe sich sogar diese Anschauungsweise scheinbar auf alle Fälle anwenden, wo von einer Mutiana cautio die Rede sein kann, und das frühere Recht so auffassen, als ob dasselbe auch in diesen Fällen eine wirkende und wirksame Resolutivbedingung gekannt hätte. Denn überall, wo die Mutiana cautio eintritt, da wird, sobald der Bedachte der negativen Potestativbedingung entgegen handelt, sein Vermächtniß wieder aufgehoben. In der That jedoch verhält sich die Sache anders. Das Vermächtniß wird wieder aufgehoben, nicht in dem Sinn, als ob es bis dahin gültig gewesen wäre, sondern es verliert seine Wirksamkeit, als ob es gar nie bestanden hätte [30].

Für das Justinianische Recht fällt freilich die vorhin bezeichnete Umwandlung des frühern Rechts hinweg, und jedes Vermächtniß der beschriebenen Art wird gerade so behandelt, und muß so behandelt werden, wie vor Justinian da, wo eine Umwandlung der Bedingung nicht statt finden konnte.

1) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 80. Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non pro conditionalibus observari opertet etc.

2) D. eod., l. 107. — quand. d. legat., XXXVI. 2. l. 22. §. 1 u. 2. l. 25. §. 1.

3) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 19. §. 1. Haec scriptura, si primus heres erit, damnas esto dare, pro conditione non est accipienda . . . . nisi forte hoc animo fuerat testator ut faceret conditionem etc.

4) D. eod., l. 79 pr.

5) Daher nicht zu verwechseln mit der conditio tacita.

6) Was bekanntlich nach dem frühern Rechte bei Legaten geschehen mußte.

7) D. de dol. mal. et met. exc., XLIV. 4. l. 17. §. 3.

8) Wenn z. B. der Erblasser stillschweigend oder ausdrücklich dem bedingt eingesetzten Erben auf den Fall ein Vermächtniß verschafft, daß er nicht Erbe werden würde, D. de legat. I. l. 104. §. 6., oder der Erlasser nach der Erbeseinsetzung und dem Vermächtniß die Bedingung blos auf die erste stellt, D. quand. dies legat., XXXVI. 2. l. 27 pr. — Nicht entgegen D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 18 pr., indem hier offenbar statt *repetitam esse conditionem* gelesen werden muß *repetitam esse libertatem*. Zu vergl. D. de manum. test., XL. 4. l. 26., besonders D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 77 pr.

9) Römischrechtlich geschieht dieß schon durch Ausdrücke, wie hoc (eo) amplius, item, zu vergl. die folgende Note. Bei uns natürlich müssen entsprechende Ausdrücke eben so beurtheilt werden. Die Bestätigung oder Wiederholung kann übrigens in sehr mannigfacher Redeweise geschehen.

10) D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 18. §. 1. — de legat. III., l. 63. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 77 pr. l. 108. Umgekehrt, daß auch die Bedingung des nachfolgenden Vermächtnisses für die frühere Verfügung gelte, ist aus D. de legat. III. l. 54. nicht sicher zu entnehmen.

11) Wenn der Beschwerte das Wahlrecht hat, schon deßhalb nicht, weil, wenn das unbedingte Glied angesprochen werden wollte, zu viel gefordert würde. Denn dem Beschwerten würde das in eventum begründete Wahlrecht entzogen, D. de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 21. — Aber auch in Fällen, wo der Legatar das Wahlrecht hat, kann er das unbedingte Glied der Alternative nicht geltend machen, weil das alternative Vermächtniß ein Vermächtniß ist, dessen einer Theil nicht geltend gemacht werden kann, so lange die Bedingung des andern noch schwebt, D. quand. dies legat., XXXVI. 2. l. 25 pr.

12) D. de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 21. . . . non petet usumfructum, *antequam* conditio decem existat, vel deficiat etc. — quand. d. legat., XXXVI. 2. l. 14. §. 1. . . . . Seiae decem, aut si pepererit fundum heres meus dato: nam si, antequam pariat, inquit, decesserit, ad heredem suum decem transmittet. Scheinbar entgegen steht D. eod., l. 25 pr. Doch der Schlußsatz muß eben auf den bedingten Theil der Alternative bezogen werden. Außerdem würde Papinian ein Legat, das der Erblasser nur in einem Theil zu einem bedingten gemacht hat, als ein durchaus bedingtes behandeln. Den besten Beweis hiefür liefern uns die Aussprüche eines andern Rechtsgelehrten, nämlich Julian's. Er sagt von einem solchen Legat: *dies ejus non cedet*, bevor die Bedingung des einen Glieds eingetreten oder nicht zur Erfüllung gekommen sei, D. eod. l. 16 pr. Dennoch betrachtet derselbe Julian das unbedingte Glied, sobald die Bedingung nicht erfüllt wird, rückwärts als ein einfaches Legat, D. eod., l. 14. §. 1. —

Wir sehen hieraus, die Einheit des alternativen Legats wirkt nur dahin, daß vor der Entscheidung über die Bedingung des einen Glieds auch das unbedingte Glied noch nicht geltend gemacht werden kann, indem man in diesem Betracht sagt, vor jener Entscheidung dies non cedit. Ist aber die Entscheidung erfolgt, und zwar die Bedingung nicht eingetreten, so gilt jetzt für das unbedingte Glied: dies cedit a morte testatoris.

13) D. de adim. v. transf. leg., XXXIV. 4. l. 24. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 95.

14) Die Anordnung auch auf singuläre Vermächtnisse zu beziehen, dazu wäre an sich kein Grund vorhanden. Schon der, in der Regel wenigstens höhere Betrag des universellen Vermächtnisses würde einer Ausdehnung auf das geringere singuläre im Wege stehen. Allein Justinian hat die Bestimmung auch auf singuläre Verschaffungen bezogen, die ein Descendent wiederum an einen Dritten herausgeben soll, C. de inst. et subst., VI. 25. l. 6. in f.

15) Die einschlagenden Stellen legen hierauf gerade ein Gewicht, daß die Kinder zur Zeit der Restitution schon vorhanden sind. Außerdem ist es auch in der Natur der Sache begründet, daß der Bedachte, wenn er nach der Restitutionszeit, etwa gar längere Zeit nachher Kinder bekommt, das Fideicommiß nicht zurückfordern könne. Natürlich gilt das Kind, welches zur Zeit der Restitution in utero ist, dem jam natus gleich.

16) Indem man annimmt, der Erblasser habe ihm das Fideicommiß nur unter der Bedingung auferlegt, wenn er bis zur Restitutionszeit keine noch vorhandenen Kinder bekommen haben würde, D. eod., l. 102. — C. de fideicomm., VI. 42. l. 30.

17) D. eod., l. 78. §. 1. — de manum. test., XL. 4. l. 45.

18) Man könnte freilich bestreiten, daß nach früherm Rechte eine Resolutivbedingung nicht wirkungslos blieb, sondern in eine umgekehrte suspensive verwandelt wurde: in der That jedoch ohne hinreichenden Grund. Denn wenn man davon ausgehen wollte, die von der Verwandlung der Bedingungen handelnden Stellen beträfen eine bedingte ademtio, welche von einer Resolutivbedingung verschieden sei, so würde man übersehen: a) Auch diese Verschiedenheit vorausgesetzt, so kann der Grund, weßhalb ein legatum sub conditione ademtum als ein sub contraria conditione datum behandelt wurde, nur ein solcher sein, der auch auf Resolutivbedingungen paßt. Das Legat ist unbedingt gegeben, es ist nur unter einer Bedingung entzogen (ademtum). Die natürliche Anschauungsweise mußte hier darauf führen, das Legat zunächst als ein unbedingtes dem Legatar zuzuerkennen, die Ademtion aber erst mit der Bedingung selbst eintreten zu lassen. Daß man von ihr abwich, das konnte nur deßhalb geschehen, weil man kein legatum ad tempus zuließ. Um nun aber den Willen des Erblassers nicht wirkungslos werden zu lassen, indem man entweder das ganze Legat oder die ademtio allein für ungültig erklärte, so half man sich

durch die Umwandlung. Derselbe Grund trifft aber auch ganz für die Resolutivbedingung zu; so daß zu der Annahme, die letztere sei anders behandelt worden, gar keine Rechtfertigung vorliegt. b) Jene Verschiedenheit ist übrigens gar nicht vorhanden. Jede bedingte ademtio ist in der That nichts als eine Resolutivbedingung. Eine bestimmte Form für die Ademtion finden wir in unsern Quellen nirgends angegeben. Es lassen sich für sie verschiedene Formen denken. Nehmen wir nun einmal an, der Erblasser habe gesagt: dem Titius vermache ich mein Haus; aber wenn Sejus Consul wird, soll es ihm wieder entzogen werden, oder um ein Beispiel in lateinischer Sprache zu wählen: heres meus Titio centum dato, quae, si Sejus Consul factus fuerit, ei adimantur. Ist das nicht eine wahre bedingte ademtio? Aehnliche Arten der Ademtion kann man sich noch viele vorstellen. Man denke nur an die Translation, welche eine stillschweigende ademtio enthält, D. de adim. vel transf. leg., XXXIV. 4. l. 5. Gesetzt nun, der Erblasser verfügt: dem Sejus soll mein Weinberg gegeben werden, oder wenn Titius Consul wird, soll er Cajus gegeben werden; so ist hier gewiß eben so gut etwas Resolvirendes vorhanden, als wenn er verfügt: Sejus soll meinen Weinberg erhalten bis Titius Consul wird, wenn aber Titius Consul wird, soll ihn Cajus erhalten. Und nun vergleiche man einmal D. eod., l. 3. §. 4. Si quis ita legaverit: *heres meus Titio fundum dato*, *et si Titius eum fundum alienaverit*, *heres meus eundem fundum Sejo dato* .... heres igitur debebit, doli exceptione opposita, prospicere sibi cautione a Titio de fundo non alienando. Die hier gestellte Bedingung setzt wesentlich voraus, daß Titius den Gegenstand des Legats bereits erhalten hat; wie könnte er außerdem veräußern? wenn er nun veräußert, soll der fundus an den Sejus kommen. Die Bedingung ist mithin für Titius eine entschiedene auflösende. Wie wird aber diese Bedingung behandelt? wird sie als nicht hinzugefügt betrachtet? Keineswegs. Vielmehr wird die Anordnung des Erblassers so gedeutet, wie wenn er dem Titius den fundus unter der Bedingung der Nichtveräußerung verschafft hätte. Diese Bedingung setzt jedoch voraus, daß Titius den fundus erhalte, während ihre Erfüllung erst mit dessen Tode gewiß wird. Daher kann hier nur durch die Muciana cautio geholfen werden. Dahin gerade geht die Entscheidung. Wenn Titius den fundus fordere, so setze ihm der Erbe eine exceptio doli entgegen, weil die Verschaffung als eine bedingte anzusehen sei, die erst mit dem Tode des Titius zur entschieden unbedingten werde. Vermöge dieser exceptio erreicht der Beschwerte den Zweck, daß er den fundus erst nach geleisteter Kaution zu gewähren hat. Zwar könnte es auf den ersten Anblick scheinen, daß die cautio, von welcher hier die Rede ist, nicht die Mutiana cautio sei, sondern die, welche ein Beschwerter fordert, der zwei Berechtigten gegenüber steht, während er seiner Seits nur einmal beschwert

ist (zu vergl. z. B. D. de liber. legat., XXXIV. 3. l. 3. §. ult. l. 4), so daß der Erbe hier nur deßhalb eine cautio forderte, weil er der Gefahr ausgesetzt ist, auch von Sejus belangt zu werden. Dieser Auffassung stehen jedoch die Worte entgegen: de fundo non alienando. Wenn es sich blos davon handelte, den Erben in Betreff des zweiten Bedachten sicher zu stellen, so würde etwa die cautio auf defensum iri (D. l. c.) gerichtet worden sein. Allein die cautio geht auf ein non alienare und zeigt eben damit an, daß der Titius nur dann als berechtigt erscheine, si non alienaverit, so daß er im entgegengesetzten Falle (si alienaverit) den fundus mit allen Vortheilen zu restituiren hätte. Dieß vorausgesetzt, so ist die cautio keine andere als die Mutiana. Uebrigens steht die angeführte Stelle nicht allein. Den Grundsatz der Umwandlung findet man auch sonst festgehalten, wo ein ähnliches Doppelvermächtniß vorliegt. Man vergleiche nur folgende Stelle D. de legat. I. l. 68. §. 2. Si *pure* legatus servus *sub conditione* liber esse jussus fuerit, sub contraria conditione valet legatum etc. Hier ist für den Legatar offenbar eine Resolutivbedingung gestellt. Ihm ist der Sclave pure vermacht; indem jedoch dem Sclaven selbst unter einer Bedingung die Freiheit verschafft ist, so hätte mit dem Eintritt dieser Bedingung das Legat aufzuhören. Wie hilft man nun? einfach wiederum durch Verwandlung der Bedingung für die Freiheit, welche auflösend auf das Legat wirkt, in eine umgekehrte suspensive Bedingung für das letztere.

19) C. de legat., VI. 37. l. ult. Die Stelle spricht zunächst von Zeitbestimmungen. Allein die Resolutivbedingung konnte ja blos deßhalb nicht als solche wirken, weil das Legat im Fall ihrer Wirksamkeit ein Legat ad tempus gewesen sein würde. Sobald aber Legate ad tempus möglich sind, fällt jener innere und einzige Grund gegen die Resolutivbedingung hinweg. Zu vergl. noch mein Erbrecht §. 20. Note 5. ad c.

20) Es sind dieß die Vermächtnisse, die auch ad diem gegeben werden konnten. Hierher gehören die Personalservituten, die ohnehin — ausgenommen die operae — mit dem Tode des Berechtigten aufhörten, und die auch ad tempus verliehen werden mochten, fragm. Vat., 48. — D. qu. dies ususfr. leg. ced., VII. 3. l. un. §. 3. Folglich ging es auch an, diese Servituten unter einer Resolutivbedingung zu vermachen, D. de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 30 pr. Cui ususfructus legatus esset, donec ei totius dotis satisfieret etc. Die Worte: donec ei satisfieret weisen offenbar auf eine Resolutivbedingung hin. Denn genau erwogen, enthalten sie die Verfügung: wenn wegen der dos Satisfaction eintrete, so solle der ususfructus von selbst aufhören.

21) Caj. II. 260. 271.

22) Das Letztere liegt so sehr in der Natur der Sache, daß es keines Belegs bedarf.

23) D. de legat. I. l. 114. §. 3. — de legat. II. l. 70. §. 1. — de legat. III. l. 3. §. 1.

24) Wohl schmälerte der pecuniäre Betrag des zweiten Vermächtnisses den des ersten, glich ihn vielleicht auch ganz aus. Insofern ließe sich die Sache so ansehen, als sei das erste Vermächtniß durch das zweite theilweise oder ganz rückgängig gemacht worden. Materiell war dieß in der That der Fall. Allein da der Gegenstand des ersten Vermächtnisses bei dem Bedachten verblieb, so war troß dem pecuniären Abgang durch das zweite doch das erste im eigentlichen Sinn weder ganz noch theilweise aufgelöst.

25) Obgleich hier materiell das erste Vermächtniß noch darin sich wirksam zeigen konnte, daß der Ertrag und Genuß des Vermächtnisses bis zum Eintritt der bestimmten Zeit oder Bedingung dem ersten Bedachten verblieb, wenn nämlich der Erblasser nicht anders verfügt hatte, zu vergl. D. de legat. I. l. 114. §. 3. . . . . . et ait Marcellus, si Titio testator centum ex fructibus, quos vivus legatarius perceperit, reliquerit, et legatarius post tantum temporis decessisset, ut ex fructibus centum fierent, Titium centum accepturum etc. — de legat. II. l. 70. §. 1. Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videtur constituisse. si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum dumtaxat additamentum admittetur etc.

26) Da hier sogar die reine Resolutivbedingung nicht ausgeschlossen ist.

27) Davon wird später an den betreffenden Stellen die Rede sein.

28) D. de legat. I. l. 68. §. 2. — de adim. vel transf. leg., XXXIII. 4. l. 3. §. 4. Zu vergl. oben Note 18.

29) D. de legat. I. l. 81. §. 1. *Stichum Sempronio do lego. Si Sempronius Stichum intra annum non manumiserit, eundem Stichum Titio do lego.* Quaesitum est, quid juris esset? respondi, Sempronium interim totum habiturum, et, si quidem intra annum manumisisset, liberum eum effecturum, sin autem hoc non fecisset, totum ad Titium pertinere. Eine Umwandlung der Bedingung in eine suspensive war hier rein unmöglich. Denn die umgewandelte Bedingung hätte also gelautet: si Sempronius Stichum intra annum manumiserit. Aber wie hätte er ihn intra annum freilassen sollen, wenn diese Freilassung erst die Bedingung seines Erwerbs, und der Stichus vorher gar nicht der seinige gewesen wäre? Von einer Umwandlung mußte man also hier absehen. Da blieb denn nichts anders übrig, als entweder das erste oder das zweite Vermächtniß für ungültig zu erklären, und zugleich die Freiheit des Stichus zu gefährden, oder den Willen des Erblassers einfach, wie er sich ausgesprochen hatte, gelten zu lassen. So entscheidet denn Julian, vorläufig (interim) werde der Sclave des Sempronius, wenn aber die Bedingung des zweiten Vermächtnisses eintrete (sin autem hoc non fecisset), so falle der Stichus an den Titius, d. h. mit andern Worten, so höre das erste Legat auf und das zweite trete in Wirksamkeit.

30) Durch die Mutiana cautio wird die negative Potestativbedingung

vorläufig als erfüllt angesehen. Handelt nun aber der Bedachte doch gegen sie, so fällt sein Legat zusammen und er muß das Vermächtniß mit allen Nutzungen an den Beschwerten zurückgeben. Für diese Zurückgabe oder deren Ersatz soll gerade die Mutiana cautio dem Beschwerten Sicherheit gewähren (D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 67. l. 73). Insofern könnte man immerhin die Sache so ansehen, als ob das Vermächtniß wieder aufgelöst würde, und als ob mithin das Gegentheil der negativen Potestativbedingung auf das Vermächtniß als Resolutivbedingung wirkte. Genau genommen ist dieß jedoch nicht der Fall. Denn in der Wirklichkeit wird durch die cautio Mutiana die Bedingung nur vorläufig als erfüllt behandelt. Wird aber der Bedachte hintendrein gegen sie thätig, so kommt die Sache in die Lage, als ob der Bedachte gar kein Recht zu dem Vermächtniß gehabt hätte. Das letztere wird demnach nicht wieder aufgelöst, sondern rückwärts als gar nicht vorhanden beurtheilt.

---

§. 33.

Fortsetzung.

Was unmögliche Bedingungen betrifft, so muß man vor Allem unterscheiden, ob sie in der Person des Berechtigten, oder in der des Verpflichteten, oder in der eines Dritten gestellt worden sind.

a) In der Person des Berechtigten gestellte physisch unmögliche Bedingungen gelten, wenn sie negativ gefaßt sind (si digito coelum non attigerit), gar nicht als Bedingungen, da ihre Erfüllung eine nothwendige ist [1]). Dagegen werden sie als positive Bedingungen (si digito coelum attigerit) gar nicht beachtet [2]). Rechtlich und sittlich unmögliche Bedingungen müssen, wenn sie α) im eigentlichen Sinn rechtlich unmöglich sind (si virginem impuberem; si ancillam, dum ancilla erit, uxorem duxerit, non duxerit), gerade wie physisch unmögliche Bedingungen behandelt werden. Sind sie β) an sich rechtlich möglich, aber rechtlich oder sittlich unerlaubt, so werden sie, positiv oder negativ

gefaßt (si furtum fecerit, non fecerit), dem Berechtigten erlassen, indem sie als nicht hinzugefügt betrachtet werden [3]). Zu den sittlich unmöglichen Bedingungen gehören auch die conditiones ineptae [4]), sowie die conditiones turpes [5]); denn diese beiden Arten haben das gemein, daß sie eines vernünftigen, ehrenhaften Mannes unwürdig sind. Was jedoch eine conditio inepta oder turpis sei, das muß, abgesehen von den wenigen in den Quellen enthaltenen Beispielen, nach den zweifellos herrschenden Zeitansichten beurtheilt werden. Indessen wird jede in der Person des Berechtigten gestellte Bedingung, wenn sie blos theilweise unmöglich ist, insofern und zwar als Bedingung aufrecht erhalten, als sie möglich ist [6]); während sie umgekehrt das ganze Vermächtniß wirkungslos macht, wenn sie der Erblasser absichtlich als eine unmögliche Bedingung hinzugefügt hat [7]). Darauf hingegen, ob der Erblasser die Unmöglichkeit gekannt hat, kommt lediglich nichts an. Es kann weder aus seinem Wissen gefolgert werden, daß er die unmögliche Bedingung absichtlich hinzugefügt hat, um das Vermächtniß eigentlich nicht zu geben [8]); noch berechtigt sein Nichtwissen zu der Annahme, die Bedingung sei in seinem Sinne als eine mögliche zu behandeln, und daher das Vermächtniß, weil die Bedingung in der That unmöglich ist, als unwirksam anzusehen [9]).

Die verschiedene Behandlung unmöglicher Bedingungen bei Verträgen und bei letztwilligen Verfügungen hat ihren Grund in der verschiedenen Natur der beiden Rechtsgeschäfte. Dorten nimmt man an, es sei den Vertragenden gar nicht Ernst gewesen [10]), und war es ihnen Ernst, so können sie bei dem Vertrage bleiben oder ihn in geeigneter Weise erneuern: hier kann das Eine und das Andere nicht Statt finden [11]).

b) In der Person des Beschwerten gestellte unmögliche Bedingungen müssen analog wie die in der Person des Berechtigten gestellten beurtheilt werden [12]). Doch tritt hier eine Modification ein. Eine physisch oder rechtlich unmögliche Bedingung, in der Person des Beschwerten negativ gestellt, muß zwar als conditio necessaria behandelt, positiv gestellt, als nicht hinzugefügt angesehen werden. Ebenso ist die rechtlich und sittlich unerlaubte Bedingung, negativ gestellt, als nicht hinzugefügt zu betrachten, weil sie den Beschwerten veranlaßt, etwas rechtlich oder sittlich Unerlaubtes zu thun, damit er dem Vermächtniß entgehe. Dagegen wird sie allerdings als Bedingung zu behandeln und wirksam sein, wenn sie positiv gestellt ist, weil sie hier den Beschwerten gerade aus Furcht, das Vermächtniß leisten zu müssen, bestimmen soll, etwas rechtlich und sittlich Unerlaubtes nicht zu thun [13]).

c) Ist endlich die Bedingung in der Person eines Dritten gestellt worden, so muß die physisch und die im eigentlichen Sinn juristisch unmögliche Bedingung, sei sie negativ oder positiv gefaßt, gerade so beurtheilt werden, wie wenn sie in der Person des Bedachten gestellt worden wäre. Die negativ gefaßte gilt also auch hier als conditio necessaria, die positiv gefaßte hingegen pro non adjecta. Wäre jedoch die Bedingung auf etwas rechtlich oder sittlich Unerlaubtes gerichtet, so müßte sie als wahre Bedingung behandelt werden, gleichgültig ob sie das Geschehen oder das Nichtgeschehen des Unerlaubten zum Gegenstand hätte [14]).

Wäre eine unmögliche Bedingung von der Art, daß sie eine mögliche werden könnte, so muß der Erfolg abgewartet werden, ob sie wirklich möglich wird und dann auch eintritt [15]).

Captatorische Bedingungen, d. h. solche, die eine Erbesein-

setzung oder ein Vermächtniß zu erschleichen suchen [16]), machen die ganze Verfügung ungültig [17]). Die zu Gunsten des Erschleichers von Seiten des Captaten getroffene Anordnung bleibt dessen ungeachtet in der Regel bei Kraft [18]).

1) D. de hered. inst., XXVIII. 5. l. 50. §. 1.

2) D. de legat. I. l. 104. §. 1. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 3. l. 6. §. 1. In der letzten Stelle muß offenbar dem ganzen Zusammenhang nach bei den Worten: quibusdam ex his ante mortuis hinzugedacht werden: quam manumittere jussus erat, so daß die Bedingung als eine conditio falsa und somit als eine unmögliche erscheint. Von einem gleichen Fall ist zu verstehen D. de legat. I. l. 54. §. 2. — de cond. inst., XXVIII. 7. l. 8. §. 7.

3) D. de cond. inst. XXVIII. l. 9., vergl. mit l. 14. Sind sie positiv hinzugefügt, d. h. so hinzugefügt, daß der Berechtigte etwas rechtlich oder sittlich unerlaubtes thun soll, wohin auch gehört, wenn er etwas rechtlich oder sittlich Gebotenes unterlassen soll, so gilt von ihnen wörtlich: quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est, D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 15. — Zu vergl. mein Erbrecht, §. 20. Note 11. — Sind sie negativ gestellt, also in der Art, daß etwas rechtlich oder sittlich Unerlaubtes nicht geschehen soll, so enthalten sie für den Berechtigten eine conditio turpis, indem er gleichsam das Vermächtniß als einen Lohn dafür erhält, daß er Recht und Sitte nicht verletzt. — Zu vergl. D. de cond. ob turp. caus., XII. 5. l. 1. §. ult. l. 2 pr. — Ganz gleich muß die Bedingung behandelt werden, wornach der Bedachte etwas rechtlich oder sittlich Gebotenes thun soll. Denn auch hier erscheint das Vermächtniß als Lohn für eine Pflichterfüllung, D. eod., l. 2. §. 2. l. 9.

4) Hieher gehören Bedingungen, denen etwa ein widersinniger Aberglaube zu Grunde liegt, D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 27. — de legat. I. l. 113. §. ult., nicht überhaupt die, durch welche dem Bedachten ein zweckloses, pecuniäres Opfer auferlegt wird, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 55.

5) Hierher gehören z. B. D. eod., l. 20. l. 71. §. 2., sodann l. 63. §. 1. junct. C. de inst. et subst., VI. 25. l. 2.

6) D. eod., l. 6. §. 1. l. 26 pr. Daß hier der mögliche Theil der Bedingung als Bedingung aufrecht erhalten wird, ergibt sich aus D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 8. §. 6. . . . *actiones hereditarias non alias habebit*, quam si dederit vel fecerit id, quod erat jussus jurare.

7) Arg. D. de manum. test., XL. 4. l. 61 pr. . . . . et ideo etiam, si ita sit scriptum *Stichus*, *si in Capitolium non ascenderit, liber esto*, nullius momenti hoc esse, *si apparet in ultimae vitae tempus conferri libertatem*

testatorem voluisse, etc. — de statul., XL. 7. l. 4. §. 1. . . . veluti *si heredi millies dedisset,* aut *cum moveretur* liberum esse jussisset: sic enim libertas inutiliter datur . . *quia nec animus dandae libertatis est.* — Hierher gehören natürlich die sogenannten conditiones perplexae, D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 16. — ad leg. Falc., XXXV. 2. l. 88 pr.

8) Fügt der Erblasser eine physisch unmögliche Bedingung positiv hinzu; so wird er die Unmöglichkeit meistens gekannt haben — dennoch gelten sie als nicht hinzugefügt, Caj. III. 98. — D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 6. Ebenso verhält es sich mit den rechtlich oder sittlich unmöglichen Bedingungen. Der Erblasser kann diese ihre Eigenschaft meistens nicht verkennen; trotz dem werden sie erlassen, Paulus Rec. Sent., III. 4. B. §. 2. — D. eod., l. 9. — In der That folgt dieß auch aus dem ganzen Grunde, weßhalb überhaupt unmögliche Bedingungen bei Vermächtnissen anders behandelt werden als bei Verträgen.

9) Eine solche Unbekanntschaft mit der Unmöglichkeit einer Bedingung wäre gedenkbar bei den conditiones falsae; allein gerade hier sprechen die Quellen in einer Weise, daß man sieht, sie legen auf das Wissen des Erblassers kein Gewicht, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 6. §. 1. l. 72. §. 7. — In der That wäre es auch sonderbar, wenn man bei dem Wissen des Erblassers die Bedingung für nicht hinzugefügt betrachtete, bei dem Nichtwissen aber wie jede andere Bedingung beurtheilte, während man doch dorten viel eher annehmen könnte, der Erblasser habe das Legat gar nicht gewähren wollen. — Die einzige Stelle, welche man für die entgegengesetzte Meinung anführen könnte, nämlich D. de cond. ind., XII. 6. l. 58. beruht auf einer Besonderheit, wie dieß klar hervorgeht aus C. de ingen. manum., VII. 14. l. 1. in f. Die Worte: *in qua causa etiam legata, ut liberto data* esse, juris prudentibus *placuit* zeigen zur Genüge, daß es sich hier um eine besondere Bestimmung für diesen Fall handelt.

10) D. de O. et A., XLIV. 7. l. 31. . . . . quorum procul dubio in hujusmodi actu *talis cogitatio* est, ut *nihil agi existiment* apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.

11) Wer letztwillig verfügt, also mit dem ernsten Gedanken an den Tod umgeht, von dem kann man nicht annehmen, daß es ihm mit seinen Verfügungen nicht Ernst gewesen sei. Vielmehr muß man voraussetzen, er habe die Unmöglichkeit der Bedingung, auch wenn sie offenbar sein sollte, nicht beachtet und die Bedingung aus Versehen hinzugefügt. Nur wenn man mit Sicherheit aus der Verfügung zu entnehmen vermag, er habe die unmögliche Bedingung geflissentlich hinzugefügt und also das Legat wirklich nicht geben gewollt, gilt hier dasselbe, was bei Verträgen Rechtens ist, zu vergl. Note 7. Auch kommt die Frage von der Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers, also zu einer Zeit zur Sprache, wo nur die Alternative denkbar ist, die letztwillige Verfügung ohne alle Abhülfe unwirksam sein zu lassen, oder sie aufrecht zu erhalten und die Bedingung

als nicht hinzugefügt zu betrachten, Caj. II. 143. in f. — D. Test. quemadm. ap., XXIX. 3. l. 5.

12) Ich kenne keine Stelle, welche von solchen Bedingungen handelte; aber da hier der gleiche Grund und die gleiche Rücksicht auf die Erhaltung der letztwilligen Verfügung obwaltet, so muß analog für sie dasselbe gelten, was bei Bedingungen Rechtens ist, die in der Person des Berechtigten beigefügt worden sind.

13) D. de V. O., XLV. 1. l. 121. §. 1. — Zu vergl. D. de pact., II. 14. l. 50.

14) Auch für den Fall, wo eine unmögliche Bedingung in der Person eines Dritten gestellt ist, weiß ich keine Stelle anzugeben. Die Behauptungen des Textes aber rechtfertigen sich daraus. Wird eine physisch oder eine im eigentlichen Sinn juristisch unmögliche Bedingung negativ hinzugefügt, so kann sie der Natur der Sache nach gar nicht anders behandelt werden, denn als eine conditio necessaria. Wird sie positiv hinzugefügt, so muß sie aus denselben Gründen pro non adjecta gelten, aus welchen sie, in der Person des Bedachten gestellt, dafür gilt (oben zu Note 11). Die rechtlich oder sittlich unerlaubte, in der Person eines Dritten gestellte Bedingung nicht wie jede andere mögliche Bedingung zu beurtheilen, dafür wüßte ich keine Rechtfertigung. Sie kann — dieß läßt sich denken — positiv oder negativ gefaßt, allerdings die Veranlassung werden, daß der Dritte etwas rechtlich oder sittlich Unerlaubtes thue. Allein diese Möglichkeit liegt doch gewiß zu ferne, um berücksichtigt zu werden.

15) Bei Verträgen, wo das Recht, sei's auch als ein bedingtes, mit der Vollendung des Vertrags begründet wird, muß die Frage, ob die Bedingung eine mögliche oder unmögliche sei, nach der Zeit des Abschlusses des Vertrags beurtheilt werden. Ist die Bedingung zu dieser Zeit unmöglich, so kann es nichts ausmachen, daß sie später etwa möglich wird, D. de V. O., XLV. 1. l. 83. §. 5. . . . . ut ne haec quidem stipulatio . . probanda sit, *illum, cum servus esse coeperit, dare spondes?* item, *eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari:* quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest etc. — l. 137. §. 6. Cum quis sub hac conditione stipulatus sit, *si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum aut basilicam* . . . . nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset. nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio. — Hievon wesentlich verschieden sind letztwillige Verfügungen zu beurtheilen. Schon der Grund, weßhalb unmögliche Bedingungen hier überhaupt anders behandelt werden, als bei Verträgen, führt nothwendig auch zu einer verschiedenen Behandlung der unmöglichen Bedingungen, welche möglich werden können. Unmögliche Bedingungen gelten bei letztwilligen Verfügungen

als nicht hinzugefügt in Rücksicht auf den Willen des Erblassers, den man als einen ernsten unter der unmöglichen Bedingung nicht leiden lassen kann (Note 11). Ist nun aber die Bedingung von der Beschaffenheit, daß sie später möglich werden könnte, so hat man bei Voraussetzung des vollen Ernstes von Seiten des Erblassers keine Ursache, die Bedingung für nicht hinzugefügt zu halten. Der Erblasser hat bedingte Bedingung eben deßhalb beigesetzt, weil er wußte, daß sie möglich werden könnte; und seine Verfügung ist bei Aufrechthaltung der Bedingung nicht ohne weiters unwirksam, sondern eben wie jede bedingte Verfügung von dem Erfolg der Bedingung abhängig. — Auf diese verschiedene Beurtheilung weist auch der Grundsatz hin, daß die Catoniana regula auf bedingte Vermächtnisse keine Anwendung leide. Während ein Vertrag über eine res extra commercium z. B. sacra, religiosa von Anfang an auch dann ungültig ist, wenn er etwa unter der Bedingung abgeschlossen wäre, daß sie aufhörte res sacra oder religiosa zu sein (D. l. c.), ist das Vermächtniß einer res extra commercium, sobald es bedingt ist, nicht von Anfang an ungültig; sondern es kommt darauf an, ob zur Zeit des Eintritts der Bedingung der Gegenstand des Vermächtnisses noch extra commercium sein würde. Ist namentlich die Bedingung gerade hierauf gerichtet, wenn die res extra commercium aufhören würde, dieß zu sein, so hängt das Vermächtniß eben von dem Eintritt der Bedingung ab, D. de legat. I. l. 41. §. 2. — Hieraus ergibt sich nun auch von selbst, daß eine unmögliche Bedingung, die möglich werden kann, nicht alsbald zu streichen ist. Denn die Zeit der Errichtung kann bei bedingten Vermächtnissen nicht entscheiden, sondern es muß abgewartet werden, ob die Bedingung nicht möglich werden und eintreten würde. — Dieß wird denn auch ausdrücklich anerkannt in D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 58. Si ancillae alienae, cum ea nupsisset, legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse: quia possit manumissa nubere. Die Bedingung, wenn eine (zur Zeit der Errichtung des Legats) Unfreie heirathen würde, ist rechtlich nicht mehr und nicht weniger unmöglich, als die Bedingung: si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit (D. de V. O., l. 137. §. 6); aber sie kann eben so gut möglich werden wie diese. Die Unfreie kann zur Freiheit gelangen und hernach heirathen, wie eine res sacra oder religiosa zur profana gemacht und dann veräußert werden kann. Gelangt eine Unfreie zur Freiheit, so wird ihre rechtliche Beziehung eben so geändert (jus mutatur), als wenn eine res sacra oder religiosa zur profana würde. Dennoch ist ein Vertrag unter der Bedingung: si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit ungültig (D. l. c.), während das Legat an eine Unfreie unter der Bedingung: cum nupsisset gültig ist, weil man zwar nicht dorten (nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest etc.), wohl jedoch hier auf künftige Ereignisse Rücksicht nimmt (quia possit manumissa nubere).

16) Zu vergl. mein Erbrecht, §. 20. Note 12 und 13. — Daß es

bei Erbeseinsetzungen gleichgültig ist, ob man auf Erschleichung einer Erbeseinsetzung oder eines Vermächtnisses ausgeht, versteht sich von selbst; und eben so ist es umgekehrt bei Vermächtnissen gleichgültig, ob man wiederum ein Vermächtniß oder eine Erbeseinsetzung zu erschleichen beabsichtigt.

17) D. de legat. I. l. 64.

18) Es spricht hiefür einfach der Umstand, daß wir nirgends einen entgegengesetzten Ausspruch finden, weder dahin, daß die Anordnung des Captaten ungültig sei, noch dahin, daß die Verschaffung dem Captanten als einem Unwürdigen entrissen werde. Somit könnte höchstens ein wirklicher dolus des Captanten zur Kraftlosigkeit der Verschaffung von Einfluß sein.

§. 34.

Fortsetzung.

Eine besondere Besprechung verdienen noch die den Vermächtnissen etawa hinzugefügten Resolutivbedingungen.

Eine solche Resolutivbedingung enthält eigentlich zwei Bestimmungen, die Wiederaufhebung des Vermächtnisses und die Bedingung, oder die positive oder negative Thatsache, von deren Eintritt jene Wiederaufhebung abhängig gemacht worden ist. Stellt sich nun die Bedingung als eine conditio in praeteritum oder in praesens collata, im rechtlichen Sinne mithin eigentlich gar nicht als Bedingung dar, so ist die Wiederaufhebung des Vermächtnisses schon im Augenblick seiner Anordnung als beseitigt oder begründet anzusehen. Denn die in der Vergangenheit liegende Thatsache ist zur Zeit der Anordnung entweder schon eingetreten gewesen oder doch die in der Gegenwart liegende zu derselben Zeit wirklich eingetreten oder nicht, und so ist nun der Fall vorhanden oder nicht vorhanden, unter welchem der Erblasser die Wiederaufhebung wollte. Eine solche Thatsache wird der mit dem ernsten Gedanken an den Tod beschäftigte Erblasser in der Regel nur dann zur Bedingung stellen, wenn er von ihrem Eintritt oder Nichteintritt keine Kunde hat [1].

Hat der Erblasser eine nothwendige Thatsache zur Bedingung der Wiederaufhebung gemacht (conditio necessaria), so würde sie, könnte sie überhaupt beachtet werden, das Vermächtniß in demselben Augenblick wieder aufheben, wo es gegeben wurde. Die ganze Anordnung würde sich demnach als eine mit dem ernsten Acte in Widerspruch stehende Spielerei darstellen, die man dem Erblasser nicht zutrauen darf [2]). Es muß daher die Resolutivbedingung im Ganzen, nämlich Bedingung und Wiederaufhebung als nicht hinzugefügt betrachtet werden, wenn nicht aus der Art und Weise der Anordnung hervorgeht, daß der Erblasser wirklich das Vermächtniß nicht geben wollte [3]).

Endlich ist es möglich: der Erblasser gibt ein Vermächtniß unter einer physisch oder im eigentlichen Sinn rechtlich unmöglichen Resolutivbedingung, oder er gibt es unter einer rechtlich oder sittlich unerlaubten [4]). Hier muß man verschiedene Fälle unterscheiden.

I. Eine physisch oder im eigentlichen Sinn rechtlich unmögliche Resolutivbedingung, gleichviel in welcher Person sie gestellt ist, in der des Bedachten, des Beschwerten oder eines Dritten, ist entweder negativ oder positiv gefaßt.

Negativ gefaßt (si digito coelum non attigerit; si ancillam, dum ancilla erit, uxorem non duxerit), bietet sie eine conditio necessaria dar, muß mithin wie diese behandelt werden. Sie gilt in ihrer Totalität, d. h. Bedingung und Wiederaufhebung als nicht hinzugefügt, wenn nicht aus der Art und Weise der Anordnung erhellt, daß das ganze Vermächtniß nicht ernstlich gemeint war [5]).

Positiv gefaßt, beseitigt sie alsbald die Wiederaufhebung des Vermächtnisses, weil es von Anfang an gewiß ist, daß sie

nicht in Erfüllung gehen könne. Nach Analogie der unmöglichen, positiv gefaßten Suspensivbedingungen dürfte man auch sagen: die Bedingung sei pro non adjecta zu halten. Nur darf man die Analogie nicht soweit ausdehnen, um blos die Bedingung, nicht aber die Wiederaufhebung pro non adjecta zu erachten [6]. Man würde sonst wiederum die letztwillige Verfügung des Erblassers in eine Spielerei verwandeln, indem das ganze Vermächtniß, sobald man die Bedingung pro non adjecta erklärt, die Wiederaufhebung aber nun als unbedingte bestehen läßt, von Anfang an als wiederaufgehoben erscheint. Ist man nun schon im Allgemeinen nicht berechtigt, dem Erblasser eine solche Spielerei zu unterstellen, so ist man es hier noch viel weniger. Denn es ist in unserm Falle bei der Gewißheit, daß die Resolutivbedingung nicht eintreten könne, in der That viel natürlicher vorauszusetzen, die Resolutivbedingung sei im Ganzen aus Versehen hinzugefügt worden, als daß man die Wiederaufhebung und die Bedingung trennt, die letztere pro non adjecta ansieht und dessen ungeachtet die erstere aufrecht erhält.

II. Die Resolutivbedingung ist zwar möglich, aber rechtlich oder sittlich unerlaubt. Hier kommt es darauf an, in wessen Person und wie sie gestellt ist.

Positiv in der Person des Bedachten gestellt (si sacrilegium fecerit), hat sie volle Wirkung, weil sie geeignet ist, den Bedachten wegen des möglichen Verlustes des Vermächtnisses von etwas Unerlaubtem abzuhalten [7]. Negativ in derselben Person gestellt, muß sie sammt der daran geknüpften Wiederaufhebung des Vermächtnisses deßhalb beseitigt werden, weil sie außerdem den Bedachten zu einem Unrecht oder einer Unsittlichkeit veranlassen könnte, um das Vermächtniß nicht zu verlieren [8].

Anders verhält sich die Sache, wenn die Bedingung in der Person des Beschwerten gestellt ist. Positiv gefaßt (si furtum fecerit), enthielte sie für den letztern einen Reiz, Unrecht zu thun, damit das Vermächtniß wieder aufgehoben werde und auf ihn zurückfalle. Negativ gefaßt, scheint sie zwar den Beschwerten bestimmen zu müssen, sich eines Unrechts oder einer Unsittlichkeit zu enthalten, damit der Rückfall des Vermächtnisses nicht ausbleibe. Allein gerade, weil dieser Rückfall sich als Belohnung für das darstellt, wozu man ohnehin rechtlich oder sittlich gehalten wäre, so ist auch diese Bedingung für eine unsittliche zu erachten [9]). — In beiden Fällen muß daher die Bedingung und mit ihr zugleich die Wiederaufhebung, also die Resolutivbedingung im Ganzen als nicht hinzugefügt behandelt werden. Die Gründe für diese Behandlungsweise sind hier freilich nicht dieselben, wie bei der conditio necessaria und impossibilis, wenn sie als Resolutivbedingungen mit einem Vermächtniß verbunden worden sind [10]).

Wäre in der Person des Beschwerten die Resolutivbedingung positiv darauf gestellt, wenn derselbe etwas thun würde, wozu er ohnehin verpflichtet wäre (si parentibus suis alimenta praestiterit), so müßte sie eben so behandelt werden, wie wenn sie negativ dahin ginge, daß er etwas nicht thue, was nicht zu thun schon Recht und Sittlichkeit gebietet [11]).

Was endlich eine rechtlich oder sittlich unerlaubte Resolutivbedingung betrifft, die in der Person eines Dritten gestellt ist, so wüßte ich, sie mag nun positiv oder negativ gestellt sein, keine Begründung dafür, daß eine Resolutivbedingung der Art nicht wie jede andere, gewöhnliche Resolutibedingung beurtheilt werden sollte. Ich muß auch hier wiederholend sagen: die Möglichkeit, daß die Resolutivbedigung, aus welchen Motiven es sei für den Dritten

zur Veranlassung werden könnte, etwas Unerlaubtes zu thun, diese Möglichkeit liegt zu ferne, um irgend beachtet zu werden.

1) Der seltenere Fall, in welchem der Erblasser troß solcher Kunde die Thatsache zur Bedingung macht, kann nicht wohl in Betracht kommen. Ohnehin wird diese Kunde noch seltener zu erweisen sein. Wo sie jedoch erweisbar ist, da muß die Bedingung bald wie eine conditio necessaria behandelt werden, bald wie eine conditio impossibilis.

2) Es ist zwar allerdings gedenkbar, daß ein Erblasser ein gegebenes Vermächtniß in demselben letzten Willen widerruft (adimit). Dieß erklärt sich einfach daraus, daß den Erblasser während der Abfassung seines schriftlichen letzten Willens oder während der mündlichen Erklärung desselben das Vermächtniß wieder gereut. Wenn er es nun durch eine einfache Erklärung wieder zurücknimmt, so bietet dieß gar nichts Besonderes dar. Ganz anders verhält es sich, wenn der Erblasser ein Vermächtniß unter einer Resolutivbedingung anordnet und eine conditio necessaria als Bedingung hinstellt. Hebt er in dieser Weise das Vermächtniß in demselben Moment auf, wo er es verleiht, so enthält dieß eine für einen Menschen, der mit dem Gedanken an den Tod und mit der Ordnung seiner Verhältnisse für die Zeit nach seinem Tode umgeht, so unwürdig-leichtfertige Laune, daß man sie dem Erblasser nicht zutrauen kann. Vielmehr muß man annehmen, daß ihm die Resolutivbedingung im Ganzen nur aus Versehen entschlüpft ist. Es tritt für die ganze Resolutivbedingung was Aehnliches ein, wie für die unmöglichen Bedingungen allein, welche als suspendirend Vermächtnissen hinzugefügt werden. Die ganze Resolutivbedingung muß pro non scripta gelten. Zu vergl. §. 33. Note 11.

3) Möglich ist es allerdings, daß der Erblasser in der vorhin bezeichneten leichtfertigen Laune letztwillig verfügt. Geht dieß aus der Art und Weise seiner Verfügung hervor, so muß man seinen Willen beachten, ohne darum sein Benehmen zu billigen. Zu vergl. oben §. 33. Note 7.

4) Ich kenne keine Stelle, die von solchen Bedingungen als Resolutivbedingungen bei Vermächtnissen handelte. Und doch sollte man meinen, es habe auch in dem vorjustinianischen Rechte nicht an Veranlassung gefehlt (zu vergl. oben §. 33. zu Note 20 ff.), Resolutivbedingungen, von denen hier die Rede ist, zu besprechen.

5) Zu vergl. vorhin zu Note 2 und 3.

6) Es ist hier gerade zu halten, wie bei der conditio necessaria. Als Suspensivbedingung einem Vermächtnisse hinzugefügt, wird die conditio necessaria gar nicht wie eine Bedingung, sondern das Vermächtniß wie ein unbedingtes angesehen. Als Resolutivbedingung hingegen ist, wie vorhin gezeigt worden ist, nicht blos die Bedingung selbst bedeutungslos, sondern sie zieht auch die Wiederaufhebung in ihre Bedeutungslosigkeit hinein. Nicht anders ist die Sache zu beurtheilen, wenn die Bedingung

keine necessaria, sondern eine impossibilis ist. Suspensiv hinzugefügt, gilt sie selbst pro non adjecta, das Vermächtniß für ein unbedingtes, als Resolutivbedingung ergreift sie auch die Wiederaufhebung und läßt dieselbe pro non adjecta erscheinen.

7) Zu vergl. oben §. 33. Note 13.

8) Denn die Bedingung pro non adjecta zu halten, ohne die Wiederaufhebung ebenfalls zu beseitigen, wäre ein entschiedenes, und völlig ungerechtfertigtes Unrecht gegen den Bedachten, den man von der Bedingung befreien würde, nur um ihn unmittelbar mit dem Verluste des Vermächtnisses zu belegen.

9) Zu vergl. oben §. 33. Note 3. — Vergleicht man die Behauptung im Texte mit dem, was für den Fall, wo eine rechtlich oder sittlich unerlaubte Thatsache positiv als Suspensivbedingung in der Person des Beschwerten hinzugefügt worden ist, zu Recht besteht (oben §. 33 zu Note 13); so zeigt sich ein scheinbar auffallender Unterschied. Eine Suspensivbedingung der bezeichneten Art wird als wirksame Bedingung bei Kraft erhalten, weil sie darauf hinausläuft, den Beschwerten von einem Unrecht oder einer Unsittlichkeit abzuhalten; eine negative Resolutivbedingung hingegen, wie sie der Text voraussetzt, soll pro non scripta gelten, obgleich auch sie geeignet ist, den Beschwerten von etwas Unerlaubtem zurückzuhalten. Bei genauerer Prüfung verschwindet jedoch alles Auffallende. Die Suspensivbedingung läßt den Beschwerten wie einen bedingt Verpflichteten erscheinen, der, im Fall er etwas Unerlaubtes thut, einen Vermögensverlust erleiden soll. Darum ist diese Bedingung zulässig. Denn er wird aus Furcht vor der effectiven Verpflichtung, vor einem Vermögensverluste bestimmt, kein Unrecht oder keine Unsittlichkeit zu begehen (zu vergl. die §. 33. Note 13. angeführten Stellen). Anders ist es mit der Resolutivbedingung. Hier handelt es sich für den Beschwerten um einen Rückerwerb; er ist nicht einem bedingt Verpflichteten, sondern gewissermaßen einem bedingt Berechtigten gleich. So muß für ihn analog gelten, was in dem Fall Rechtens ist, wo Jemand unter einer negativ gefaßten rechtlich oder sittlich unerlaubten Bedingung zum Berechtigten gemacht ist (zu vergl. oben §. 33. Note 3).

10) Wollte man in unserm Fall blos die Bedingung streichen, die Wiederaufhebung aber als unbedingt bei Kraft erhalten, mithin das Vermächtniß so behandeln, wie wenn der Erblasser dasselbe im Augenblick der Anordnung wieder aufgehoben hätte, so würde man dem Erblasser eine letztwillige Verfügungsweise gewissermaßen aufnöthigen, die von der seinigen ganz verschieden ist. Vielmehr muß man voraussetzen, daß der Erblasser ohne die Bedingung auch die Wiederaufhebung nicht gewollt habe.

11) Zu vergl. oben §. 33. Note 3.

§. 35.

Fortsetzung.

Eine Resolutivbedingung kann übrigens auch in der Art mit einem Vermächtniß verbunden werden, daß, wenn sie eintritt, das Vermächtniß nicht an den Beschwerten zurückfällt, sondern an einen Dritten gelangt. Es läßt sich dieß auf zwiefache Weise denken.

a) Der Erblasser verfügt einfach, daß, wenn eine gewisse Thatsache erfolgen oder nicht erfolgen werde, das Vermächtniß nicht bei dem zunächst Bedachten verbleiben, sondern ein Dritter es erhalten solle. Denke man sich als Beispiel Verfügungen wie folgende: Der **A** soll meinen Garten erhalten, wenn aber der **A** ihn veräußern würde, soll ihn der **B** erhalten, oder: dem **A** vermache ich mein Haus sammt Garten, für den Fall aber, daß **A** seinen alten Oheim beerbt haben wird, vermache ich mein Haus sammt Garten dem **B**.

Es ist schon früher in einem andern Zusammenhange bemerkt worden, die Natur solcher Bedingungen bestehe darin, daß sie resolutiv auf das erste, zunächst jedoch suspensiv auf das zweite wirken; und es habe auch das frühere Recht, welches keine Resolutivbedingungen kannte, Bedingungen der bezeichneten Art in der Regel nicht nach ihrem unmittelbaren Wortlaute zugelassen, sondern für den ersten Bedachten in entgegengesetzte Suspensivbedingungen verwandelt [1]). Es ist aber auch am Schlusse hinzugefügt worden, daß es nach Justinianischem Rechte, in welchem Resolutivbedingungen anzuerkennen sind, dieser Verwandlung nicht bedürfe, und daß diese Verwandlung nach demselben nicht statthaft sei. Diese Bedingungen sind vielmehr nach ihrem unmittel-

baren Wortlaute wirksam [2]). Nun fragt es sich aber, wie hat man sie, und wie die Vermächtnisse, mit denen sie von dem Erblasser verbunden worden sind, zu beurtheilen?

Da diese Bedingungen eine doppelte Eigenschaft haben, für das erste Vermächtniß auflösend, für das zweite aufschiebend sind, und da die beiden Vermächtnißnehmer einem und demselben Beschwerten gegenüberstehen [3]); so ist die nächste Folge dieses Vermächtnisses die, daß der Beschwerte dem erstern Bedachten das Vermächtniß nur gegen Kaution zu gewähren hat, welche dahin geht, daß der erste Bedachte den Beschwerten dem zweiten gegenüber vertreten wolle, wie dieß auch sonst Rechtens ist, wenn für ein Vermächtniß mehrere Berechtigte vorhanden sind, ohne daß ein Verhältniß der Correalität vorliegt [4]).

Was nun aber die Bedingung selbst betrifft, so muß man unterscheiden: sie ist in praeteritum oder in praesens collata. Alsdann ist es sogleich klar, welches Vermächtniß bei Kraft bleibt. Denn war oder ist die Bedingung zur Zeit der letztwilligen Anordnung eingetreten, so ist das erste Vermächtniß [5]), außerdem das zweite von Anfang an gefallen.

Ist die Bedingung eine necessaria, so kann man auch hier nicht annehmen, daß der Erblasser mit dem ersten Vermächtniß ein bloßes Spiel getrieben habe [6]). Es ist daher, wenn nicht aus der Anordnung hervorgeht, der Erblasser habe wirklich dem ersten Bedachten gar kein Vermächtniß geben wollen [7]), die Sache so zu behandeln, wie wenn der Erblasser dem ersten und dem zweiten Bedachten dasselbe Vermächtniß separatim gegeben hätte [8]).

Eine physisch oder im eigentlichen Sinn rechtlich unmögliche Bedingung, in welcher Person sie gestellt sein mag, ist, negativ gefaßt, natürlich als conditio necessaria zu behandeln. Positiv

hingegen gefaßt, muß sie, wie sonst, pro non adjecta gelten. Offenbar ist mithin das Vermächtniß an den zweiten Bedachten vollkommen wirksam. Aber auch für den ersten Bedachten kann das Vermächtniß nicht unwirksam sein aus denselben Gründen, aus welchen eine positiv gefaßte unmögliche Bedindung als Resolutivbedingung pro non adjecla anzusehen ist [9]). Deßhalb muß das zwiefache Vermächtniß gerade wie bei der condilio nenessaria als ein separalim an die zwei Bedachten verliehenes, auf einen und denselben Gegenstand gerichtetes Vermächtniß beurtheilt werden [10]).

Endlich kann sich die Bedingung auch als eine rechtlich oder sittlich unerlaubte darstellen. Hier sind wiederum verschiedene Möglichkeiten zu sondern.

1) Ist sie in der Person des ersten Bedachten positiv gestellt, so hat sie immerhin Wirkung, aus demselben Grunde, aus welchem sie als einfache Resolutivbedingung wirksam sein würde [11]). Ist sie jedoch in dessen Person negativ gestellt, so muß sie als eine Veranlassung und Verlockung zu etwas Unerlaubtem pro non adjecta angesehen werden, zugleich mit ihr aber die Wiederaufhebung oder der Verlust des Vermächtnisses für ihn hinwegfallen [12]). So sind dann die beiden Bedachten auch hier wie zwei Vermächtnißnehmer zu behandeln, deren separalim oder disjunctim ein und dasselbe Vermächtniß verliehen worden ist.

2) Gestellt in der Person des zweiten Bedachten, und positiv oder negativ gefaßt, muß sie pro non adjecta gelten, weil sie, positiv gefaßt, als Veranlassung zu einem Unrecht oder einer Unsittlichkeit erscheint, negativ hingegen gefaßt, eine Belohnung für eine Pflichterfüllung enthält. Aber wie steht es

nun mit dem ersten Bedachten? Ließe man jetzt, nachdem die in der Person des zweiten Bedachten gestellte Bedingung pro non adjecta erklärt ist, für das Vermächtniß an den ersten Bedachten die Wiederaufhebung eintreten, so würde man wiederum dem Erblasser ein mit dem ersten Vermächtniß getriebenes unwürdiges Spiel gleichsam aufdringen. Dieser hat die Wiederaufhebung nur bedingt gewollt, freilich unter einer Bedingung, die er nicht hätte stellen sollen; allein, wenn man die Bedingung gegen seinen Willen streicht, so darf man doch nicht auch das erste Vermächtniß gegen seinen Willen wieder aufheben. Somit ist das an die beiden Bedachten gegebene Vermächtniß wie vorhin (ad 1) zu beurtheilen.

3) Der Beschwerte erscheint in unserm Fall, da das Vermächtniß nie auf ihn zurückfällt, bei der Beurtheilung der Bedingung und deren Folgen als völlig unbetheiligt. Das Vermächtniß bleibt entweder bei dem ersten Bedachten oder fällt auf den zweiten, oder beide Bedachte werden behandelt, wie zwei zu demselben Vermächtniß separatim Gerufene. Daher muß der Beschwerte in Rücksicht auf die hier zu besprechende Frage wie ein Dritter beurtheilt werden. Ist nun die Bedingung in der Person eines Dritten gestellt, so wird sie wie jede andere Bedingung zu betrachten und zu behandeln sein [13]).

b) Der Erblasser kann auch in der Art verfügen, daß er einem zunächst Bedachten unter einer Bedingung auferlegt, den Gegenstand des Vermächtnisses wiederum einem Andern herauszugeben [14]). Eine solche Verfügung hat, wie bereits früher bemerkt worden ist [15]), darin Aehnlichkeit mit der reinen Resolutivbedingung, daß durch sie wie durch diese das Vermächtniß des zuerst Bedachten unter einer Bedingung wiederum aufgehoben wird. Darin weicht

sie jedoch von der letztern ab, daß beim Eintritt der Bedingung das Vermächtniß nicht auf den Beschwerten zurückfällt, sondern an einen Andern als Bedachten gelangt. Insofern nähert sie sich der oben (unter a) besprochenen Anordnung, aber sie nähert sich ihr auch nur. Denn genau besehen, ist sie von ihr wesentlich verschieden. Die Anordnung, von welcher sub a) die Rede war, kennt nur einen Beschwerten, den sie pure dem ersten und sub conditione dem zweiten Bedachten gegenüber belastet, die hier vorausgesetzte Verfügung hingegen beschwert den ersten Bedachten gegenüber vom zweiten. Sie enthält daher ein völlig selbstständiges Vermächtniß für den zweiten Bedachten; und die Bedingung, unter welcher es verliehen worden ist, stellt sich wesentlich als eine Suspensivbedingung dar, wie jede andere derartige Bedingung, unter welcher ein Vermächtniß verschafft worden ist [16]. Sie muß dem gemäß, mag sie beschaffen sein wie sie wolle, und mag der zweite Bedachte ein Dritter oder der erste Beschwerte [17] selbst sein, ganz eben so beurtheilt werden, wie überhaupt Suspensivbedingungen, die einem Vermächtnisse hinzugefügt worden sind, beurtheilt werden [18]. Nur darf man nicht übersehen, daß derjenige, welcher dem ersten Bedachten gegenüber beschwert worden ist, in Beziehung auf das zweite Vermächtniß gerade wie ein Dritter zu betrachten und zu beurtheilen ist, es müßte denn zu seinen eigenen Gunsten angeordnet worden sein [19].

1) Zu vergl. oben §. 32. zu Note 28 ff.

2) Zu vergl. das Citat in vorhergehender Note.

3) Denn der Erblasser hat hier nicht den ersten Vermächtnißnehmer mit einem Vermächtniß an den zweiten belastet, sondern nach der ganzen Weise seiner Verfügung beiden Vermächtnißnehmern gegenüber eine und dieselbe Person beschwert, und zwar unbedingt dem ersten, bedingt hingegen dem zweiten gegenüber.

4) Ich denke hiebei zunächst an den Fall, wo der Erblasser dem

Gläubiger eines Dritten in Rücksicht auf den Schuldner den Betrag der Schuld vermacht. Der Gläubiger kann hier aus dem letzten Willen auf diesen Betrag, der Schuldner hingegen darauf klagen, daß er von seiner Schuld befreit werde. Der Gläubiger muß aber Kaution leisten, den Beschwerten gegen den Schuldner vertreten zu wollen (adversus debitorem defensum iri). Dem Schuldner gegenüber ist der Beschwerte überhaupt nur dazu verpflichtet, ihn gegen den Gläubiger zu vertreten (nihil amplius heres praestare debet, quam ut eum adversus creditorem defendat). Daß aber der Erbe, wenn er dem Schuldner den Betrag der Schuld leisten sollte, Kaution wie vom Gläubiger fordern und bei Verweigerung oder Unmöglichkeit derselben die Leistung des Betrags unterlassen könne, versteht sich von selbst, D. de lib. leg., XXXIV. 3. l. 3. §. ult. l. 4. — Für den Grundsatz im Texte noch zu vergl. arg. D. de dot. prael., XXXIII. 4. l. 1. §. 9. c. f. §. 10.

5) Zu vergl. oben §. 34. zu Note 1.

6) Zu vergl. oben §. 34. zu Note 2.

7) Zu vergl. oben §. 34. zu Note 3.

8) Denn kann man das erste Vermächtniß nicht als aufgehoben ansehen, während sich das zweite ohnehin als wirksam zeigt, so stellt sich die Betrachtungsweise des Textes als die einzig mögliche dar.

9) Zu vergl. oben §. 34. sub I.

10) Zu vergl. Note 8.

11) Zu vergl. oben §. 34. zu Note 7.

12) Zu vergl. oben §. 34. zu Note 8.

13) Zu vergl. oben §. 34 c. f.

14) Zu vergl. oben §. 33. zu Note 21 ff.

15) Zu vergl. das Citat in der vorhergehenden Note.

16) Zu vergl. dasselbe Citat.

17) Hier erscheint das zweite Vermächtniß als ein Rückvermächtniß an den ersten Beschwerten.

18) Es kommen daher die Grundsätze zur Anwendung, welche oben §. 33 erörtert worden sind. — Hier zeigt sich zugleich ein wichtiger Unterschied zwischen diesem Vermächtniß oder vielmehr zwischen der Bedingung, wovon hier die Rede ist, und zwischen einer reinen Resolutivbedingung, zu vergl. oben §. 33. zu Note 27.

19) Wo natürlich er selbst als der zweite Bedachte erscheint. — Außer den in den vorhergehenden Paragrafen (33 bis 35) besprochenen Weisen der Bedingungen gibt es noch andere, die ich erst später, wie ich glaube, an einem passendern Ort erörtern werde. So kann der Erblasser überhaupt die Frage, wer ein Vermächtniß tragen solle, von dem Eintritt einer Bedingung abhängig machen, z. B. dem A vermache ich 1000, welche mein Erbe B oder mein Erbe C zu leisten hat, je nachdem mein Erbe B seinen Prozeß gegen den X gewinnen oder verlieren sollte. Er kann aber

auch eine Person zunächst und unbedingt mit einem Vermächtniß belasten, auf den Fall aber, daß später eine gewisse Thatsache erfolgen werde, das Vermächtniß einem Andern auflegen. Etwa: dem A verschaffe ich 1000, welche ihm mein Erbe B alsbald nach Antritt der Erbschaft ausbezahlen soll, würde jedoch B seinen Prozeß mit dem X verlieren, so soll mein Erbe C gehalten sein, das Vermächtniß an den A (ganz oder theilweise) auf sich nehmen. Die Frage, welchen Einfluß solche Bedingungen haben, wie sie an sich und je nach ihrer Art zu behandeln und zu beurtheilen seien, dürfte am Zweckmäßigsten in der Lehre von den Personen der Beschwerten erörtert werden. — Auch in Rücksicht auf den Gegenstand eines Vermächtnisses können Bedingungen vorkommen. Ein Fall der Art ist bereits früher (§. 32. zu Note 11 u. 12) besprochen worden. Es lassen sich aber auch noch andere denken. Z. B. der Erblasser macht den Gegenstand des Vermächtnisses etwa in der Art von einer Bedingung abhängig: dem A vermache ich meine Apotheke oder meinen Acker, je nachdem er sich innerhalb 3 Jahre nach meinem Tode die Befähigung zum Apotheker erworben haben wird oder nicht. Oder der Erblasser verschafft einen Gegenstand unbedingt, für den Fall des Eintritts einer Bedingung aber setzt er einen andern an dessen Stelle. Man denke sich hinsichtlich des letzten Falles, der Erblasser verordnet: der A soll meine Aecker und Weinberge haben, wenn er sich aber längstens innerhalb 3 Jahre nach meinem Tode die Befähigung zum Apotheker erworben hat, so soll er meine Apotheke haben, dagegen jene Aecker und Weinberge auf meine Erben zurückfallen. Diese und andere ähnliche Weisen von Verfügungen werden wohl am besten bei der Lehre von den Gegenständen abgehandelt.

---

§. 36.

Erfüllung a) der Suspensivbedingungen.

Die Bedingungen müssen in der Weise erfüllt werden, wie sie von dem Erblasser gestellt worden sind; also:

a) nicht theilweise [1]), es wäre denn das Vermächtniß mehreren Personen unter einer theilbaren oder untheilbaren potestativen Bedingung verschafft worden [2]).

In einem solchen Fall könnte der Einzelne die Bedingung dorten theilweise [3]), hier vollständig erfüllen, um seinen Theil am Vermächtniß zu bekommen [4]). Wäre umgekehrt die Bedingung in mehrern Personen zu erfüllen, und die Bedingung könnte

ohne Schuld des Bedachten in einer Person nicht erfüllt werden, so darf sie in den andern, wenn sie theilbar, theilweise, wenn sie untheilbar, ganz erfüllt werden, und der Bedachte bekommt seinen Theil des Vermächtnisses [5]). Würde der Gegenstand des letztern selbst untheilbar sein, so ließe sich durch einen Einzelnen von mehrern Bedachten dennoch das Vermächtniß erwerben, wenn er es überhaupt abgesondert von den andern zu erwerben vermag [6]). Nur müßte er, auch wo die Bedingung theilbar ist, dieselbe ganz erfüllen [7]), und das Gleiche gilt, wenn eine theilbare Bedingung für ein untheilbares Vermächtniß in mehrern Personen zu erfüllen ist [8]).

Uebrigens ist theilweise oder vollständige Erfüllung durch einen Einzelnen von mehrern Bedachten oder in einer von mehrern Personen nur zulässig und wirksam, wenn der Wille des Erblassers nicht entgegensteht [9]). Bedingungen gelten ferner für erfüllt:

b) nur durch Eintritt gerade der Thatsache, die der Erblasser als Bedingung herausgestellt hat [10]); es wäre denn dabei auf einen bestimmten Zweck abgesehen, und dieser würde durch eine andere Thatsache gleichmäßig erreicht [11]). — Sie sind weiter nur erfüllt:

c) wenn sie zu rechter Zeit eingetreten sind. Die rechte Zeit bestimmt sich zunächst durch die Natur der Bedingung [12]), oder den Willen des Erblassers [13]), und zwar in dem letzten Fall mit dem Unterschied, ob ein Zeitpunkt oder ein Zeitraum der Erfüllung bestimmt worden ist [14]). Für negative Bedingungen enthält die Hinzufügung einer Zeitbestimmung zugleich einen dies a quo, so daß, wenn auch vor jener Zeit schon der Eintritt der Bedingung gewiß ist, die Geltendmachung des Vermächtnisses

(dies venit) doch noch von der Zeit abhängt [15]), gleichgültig ob die Bedingung eine casuelle oder eine potestative sein möchte. Ein ähnlicher Grundsatz kommt auch sonst noch zur Anwendung [16]).

Ist indessen durch den Willen des Erblassers ein Zeitraum für die Erfüllung einer positiven potestativen Bedingung bestimmt worden, so werden die Tage, an welchen der zur Erfüllung bereite Bedachte durch ein nicht von ihm verschuldetes Hinderniß abgehalten worden ist, nicht eingerechnet und durch andere ergänzt [17]).

Mag nun durch die Natur der Bedingung oder durch den Willen des Erblassers eine Zeit für die Erfüllung gesetzt sein oder nicht, so müssen:

1) alle und jede Arten von Bedingungen unter allen Umständen bei Lebzeiten des Bedachten erfüllt werden [18]). Dagegen können, wenn weder durch die Natur der Bedingung, noch durch den Willen des Erblassers etwas über die Zeit bestimmt ist:

2) casuelle Bedingungen auch bei Lebzeiten des Erblassers erfüllt werden [19]). Sind sie zur Zeit der Errichtung des letzten Willens schon erfüllt gewesen, so kommt es auf das Wissen des Erblassers um die Erfüllung an, ob sie noch einmal erfüllt werden müssen [20]).

3) Potestative Bedingungen müssen mit dem Bewußtsein, eine letztwillig gesetzte Bedingung zu erfüllen, also erst nach dem Tode des Erblassers erfüllt werden [21]), und zwar sobald als es dem Bedachten möglich ist [22]).

1) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 56.

2) Dieß gilt jedoch nur, wenn das Vermächtniß von Anfang an mehrern Personen verschafft worden ist; sind jedoch die mehrern Personen einer einzelnen so substituirt, daß auch sie die Bedingung zu erfüllen haben, dann werden sie gleichsam wie eine Person beurtheilt. Sie müssen alle

zusammen oder doch einer die Bedingung ganz erfüllen, wenn sie überhaupt auch nur für Einen als erfüllt gelten soll, D. eod., l. c. in f.

3) D. eod., l. 44. §. 8. l. 54. §. 1. l. 56. l. 112. §. 2.

4) In der Regel zwar soll hier die Bedingung im Ganzen von Allen zusammen erfüllt werden, D. eod., l. 112 pr. Allein man läßt die Bedingung als erfüllt gelten, wenn sie der Bedachten einer ganz erfüllt, jedoch nur zu seinen Gunsten, D. de manum. test., XL. 4. l. 13 pr. — C. de cond. insert., VI. 46. l. 6. Den übrigen Bedachten hingegen kommt die Erfüllung in der Regel nicht zu gut (loc. cit.). Nur ausnahmeweise könnte was Anderes eintreten, D. eod., l. 13. §. 1.

5) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 112. §. 1.

6) Z. B. römischrechtlich das Vermächtniß der Freiheit. Aber auch andere Vermächtnisse gibt es, die, ob sie gleich ihrem Gegenstande nach untheilbar sind, von jedem Bedachten, getrennt von den übrigen erworben werden können. Z. B. das Legat des usus. Dagegen ist es nicht möglich, daß das Vermächtniß einer Prädialservitut an mehrere Miteigenthümer eines Grundstücks von einem einzelnen Bedachten für sich allein und nicht auch von den übrigen erworben werde.

7) D. de manum. test., XL. 4. l. 13. §. 2. — de statulib., XL. 7. l. 13. §. 2. Selbst bei gemeinsam geführter Rechnung sind die reliqua im Ganzen etwas theilbares; dennoch muß der einzelne Bedachte die Gesammtreliqua entrichten.

8) D. eod., l. 4. §. 3.

9) D. de manum. test., XL. 4. l. 13 pr. §. 1.

10) Obgleich von einer andern Seite die Bedingung als erfüllt zu behandeln sein mag, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 45.

11) D. eod., l. 13. — de legat. III. l. 11. §. 11. — quand. dies legat., XXXVI. 2. l. 15. — C. de don. qu. s. mod., VIII. 55. l. ult.

12) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 91.

13) D. eod., l. 19. — de statulib., XL. 7. l. 20. §. 6. in f.

14) Indem die Bedingung dorten gerade in dem bestimmten Zeitpunkt erfüllt werden muß, hier es gleichgültig ist, wann sie in dem Zeitraume erfüllt wird, D. de manum. test., XL. 4. l. 41. §. 1 u. 2., es müßte denn sein, daß die Bedingung fortlaufend während des ganzen Zeitraumes zu erfüllen wäre, D. de statulib., XL. 7. l. 4. §. 2. 4 u. 5. l. 20. §. 5. — de ann. legat., XXXIV. 1. l. 18. §. 2.

15) D. l. c. Die Stelle geht offenbar davon aus, daß die in Rücksicht auf das Ob des Eintritts ungewisse Zeit (cum ad annum vicesimum quintum perveneris) nicht für das Recht, sondern für die Leistung angehängt worden sei. Denn außerdem wäre die ungewisse Zeit als Bedingung zu behandeln gewesen, so daß von einem Recht auf die militia (et si placet deberi, utrum statim militia comparanda sit . . . . *cum placeat* comparandam) im vorgelegten Fall nicht hätte die Rede sein können. Anfrage und Antwort scheint

vielmehr einzig und allein mit der Bedingung: si tamen ante te non relinquerit in Zusammenhang zu stehen. Die Anfrage geht dahin, ob die Bedingung bei dem frühern Tod des Sejus als erfüllt anzusehen, und wenn das, ob nun doch die Zeitbestimmung festzuhalten sei, da, wie wir hinzudenken müssen, dieselbe mit der Bedingung in Verbindung zu stehen scheine, diese Bedingung aber durch den frühern Tod des Sejus ihre Erledigung gefunden habe. Die Antwort geht nun dahin, es müsse die Bedingung allerdings für erfüllt gelten, daher sei das Recht auf Anschaffung einer militia für den Stichus begründet (cum placeat comparandam), allein die Anschaffung selbst habe erst nach Ablauf der Zeit (non ante deberi [scil. comparari militiam], quam id tempus cessisset) zu erfolgen. Nur unmögliche Bedingungen, wenn sie negativ gestellt sind, machen hievon eine Ausnahme, D. de V. O., XLV. 1. l. 8. Der aufgestellten Ansicht ist auch D. eod., l. 10. nicht entgegen. Denn in den Worten: non ante peti quicquam possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, *neque venisse* ist es klar ausgesprochen, daß das venire non posse nicht hinreicht, es muß auch noch gewiß sein: non *venisse*. Die Stelle sagt nicht: ante eam diem in Italiam venire Titium non posse *aut* non venisse, sondern: *neque* venisse. Sie begnügt sich folglich nicht mit dem venire non posse, sondern sie will auch noch die Gewißheit (antequam *exploratum* sit) des wirklichen non venisse. Diese Gewißheit ist aber erst mit dem dies selbst vorhanden. Der Sinn der Stelle ist demnach dieser: das Fordernkönnen (peti posse), das dies venit trete erst ein mit dem dies selbst; die vorher schon vorhandene Gewißheit, es werde die Bedingung erfüllt werden, sei nicht hinreichend, es müsse noch hinzukommen, daß sie thatsächlich bis zu dem bestimmten Tag nicht erfüllt worden, daß mithin dieser Tag bereits eingetreten sei. Denn erst mit seinem Eintritt weiß man, daß die Bedingung bis zu seinem Eintritt thatsächlich nicht erfüllt worden sei.

16) Wie gerade in dem Fall, wo eine durch eine bestimmte Zeit hindurch zu erfüllende Bedingung vor dem Eintritt dieser Zeit schon als erfüllt anzusehen ist (Note 14). Das dies venit tritt hier doch erst mit Ablauf jener Zeit ein, D. de ann. legat., XXXIV. 1. l. 18. §. 2. — de statulib., XL. 7. l. 4. §. 2.

17) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 40 pr. — de statulib., XL. 7. l. 4. §. 5.

18) D. de legat. I. l. 104. §. 1. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 109. — C. de caduc. toll., VI. 51. l. un. §. 7.

19) D. eod., l. 2. l. 11. §. 1.

20) D. eod., l. 10. §. 1. l. 11 pr. Könnte eine solche Bedingung nicht noch einmal erfüllt werden, so wäre sie eben wie eine unmögliche zu behandeln, D. eod., l. 11 pr. . . . quae iterum *fieri possunt,* exspectentur, ut fiant etc.

21) D. eod., l. 2. l. 11. §. 1.

22) D. eod., l. 29. — Doch wird ein modicum tempus für die Erfüllung gestattet, arg. D. de statulib., XL. 7. l. 20. §. 6. — Indessen gibt es gewisse potestative Bedingungen, die hinsichtlich der Zeit der Erfüllung wie casuelle behandelt werden, weil man annimmt, es komme dem Erblasser gar nicht auf das Wann der Erfüllung an, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 10 pr., zu vergl. l. 61.

---

§. 37.

Fortsetzung.

Negative potestative Bedingungen, die noch in den letzten Lebensmomenten des Bedachten scheitern können, deren Erfüllung also erst mit dessen Tode gewiß wird [1]), oder negative potestative Bedingungen, die zwar bei Lebzeiten des Bedachten aber nur durch den Tod einer dritten Person in Erfüllung gehen können, während sittliche Rücksichten es rechtfertigen, das Vermächtniß nicht von dem Eintritt dieses Todes abhängig zu machen [2]), werden durch ein mit Sicherheitsleistung verbundenes [3]) Versprechen vorläufig erfüllt [4]). Dieses Versprechen wird dem Beschwerten, dem Substituten oder dem zur Anwachsung berechtigten Mitlegatar [5]) dahin geleistet, daß der Bedachte der Bedingung nicht entgegen handeln, und im Fall er ihr entgegen handeln und mithin die Bedingung rückwärts als nicht erfüllt darstellen würde, das Vermächtniß an den dazu Berechtigten sammt allen Früchten wieder herausgeben werde [6]) (Mutiana cautio). Doch wird für diese Aushülfe vorausgesetzt, daß nicht neben der negativen potestativen noch eine andere Bedingung zu erfüllen ist [7]).

Denn es können einem Vermächtniß auch mehrere Bedingungen hinzugefügt werden, und sie müssen alle erfüllt werden, wenn sie kumulativ hinzugefügt sind [8]); wenn hingegen alternativ, dann genügt es, daß die eine oder die andere erfüllt werde [9]), es wäre denn eine derselben rechtlich unmöglich, wo auch die

andere erlassen wird [10]). Von einem Vermächtniß unter alternativen Bedingungen wesentlich verschieden ist die mehrfache Anordnung desselben Vermächtnisses. Diese kann übrigens in vielfacher Weise [11]) vorkommen, indem das Vermächtniß zuerst bedingt, dann unbedingt oder umgekehrt, endlich indem es mehrfach unter verschiedenen Bedingungen angeordnet wird. Für alle diese Fälle gilt die Regel: die letzte Anordnung ist ausschließlich zu beachten [12]), es müßte denn der Wille des Erblassers entgegen stehen [13]).

1) D. eod., l. 73.... cum in omnibus conditionibns, *quae morte legatariorum finiuntur,* receptum est, ut Mutiana cautio interponatur etc. — ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 65. §. 1.... Idem in ceteris quoque conditionibus Julianus noster probat, *quae similiter nisi fine vitae expleri non possent.* — Zu vergl. D. de condit. et dem., XXXV. 1. l. 72. §. 2. l. 101. §. 3. l. 106.

2) Die in den Quellen angeführten Beispiele beziehen sich auf den Fall, wenn einer Mutter gegenüber durch den Tod ihrer Kinder oder einem Freigelassenen gegenüber durch den Tod der Kinder des Patron's die Bedingung erfüllt werden könnte, D. eod., l. 72 pr. §. 1., oder wenn diese Erfüllung von dem Tode eines Sclaven des Bedachten abhinge, D. eod., l. 7 pr. l. 67. — de cond. inst., XXVIII. 7. l. 4. §. 1. Andere Erklärungen der letzten Stellen sind entweder nicht frei von Zwang (l. 67), oder beruhen auf einer durchaus unbegründeten Annahme eines Unterschieds zwischen Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen. Dagegen legten es sittliche Motive gewiß sehr nahe, den Erwerb einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, vielleicht eines reichlichen, nicht auf den Tod eines Sclaven des Bedachten zu stellen. Uebrigens ist gar kein Grund vorhanden, die in den Quellen enthaltenen Beispiele nicht ihrem Geiste nach auf einen allgemeinen Grundsatz, wie es im Texte geschehen ist, zurückzuführen. In der Anwendung freilich wird dieser Grundsatz Sorgfalt und Umsicht erheischen. So darf, was von der Mutter ihren Kindern gegenüber bestimmt ist, nicht auf einen Ehegatten gegenüber vom andern angewendet werden, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 101. §. 3., wohl aber unbedenklich auf andere Ascendenten ihren Descendenten gegenüber, und warum nicht auch auf die Descendenten als Bedachte, wenn das Vermächtniß ohne die Mutiana cautio von dem Tode des Ascendenten abhängen würde? — Ueber die Mutiana cautio noch zu vergl. oben §. 32. zu Note 30 und unten §. 39. sub c).

3) D. eod., l. 67. l. 106. — Zu vergl. jedoch Nov. XXII. c. 44. §. 2—5.

4) D. eod., l. 7. l. 67. — ad Sctum Treb., XXXVI, 1. l. 65. §. 1.

5) Die Regel ist, die Caution wird den Betheiligten geleistet, D. eod. . . . . . his, quorum interest etc., d. h. denjenigen, an welche das Vermächtniß gelangt, wenn die Bedingung nicht eintritt, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 18. Dieß sind nun der Beschwerte, oder mit Ausschluß desselben der Mitlegatar, der Anspruch auf die Anwachsung hat, da die ausfallende Portion seinem Erben anwächst, wenn er früher stirbt, als der negativen potestativen Bedingung entgegen gehandelt wird. Betheiligt ist aber auch der in das Vermächtniß Substituirte, und neben ihm der Beschwerte. Denn stirbt der Substitut, bevor der Bedingung entgegengehandelt worden ist, so ist die Substitution gefallen. Hier muß also zunächst dem Substituten, und für den Fall, daß dieser vorher stürbe, dem Beschwerten, bei welchem das Vermächtniß alsdann bleibt, Caution gemacht werden.

6) D. de legat. II. l. 76. §. 7. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 79. §. 2. . . . si contra cautionem aliquid fecerit etc. — Nov. XXII. c. 44. §. 2. 4.

7) Denn bevor die letztere erfüllt ist, hat die Erfüllung der erstern lediglich noch nichts zu bedeuten, D. eod., l. 77. §. 1.

8) D. de manum. test., XL. 4. l. 45.

9) Das römische Recht behandelt ein Vermächtniß unter alternativen Bedingungen als e i n Vermächtniß, das von verschiedenen Thatsachen in der Art abhängig gemacht ist, daß eine jede dieser Thatsachen der andern gleichgesetzt ist. Es reicht für das eine Vermächtniß hin, welche von diesen Thatsachen sich verwirklicht. Der Anspruch wird dadurch auf das e i n e Vermächtniß als ein Ganzes begründet. Ein solches Vermächtniß hat Aehnlichkeit mit einem alternativen. Wie das letztere e i n e s ist, das sich in verschiedenen Gegenständen verwirklicht, so ist hier das Vermächtniß ebenfalls e i n e s, das aber durch verschiedene Thatsachen zur Wirklichkeit gelangt. Dorten enthält jeder der alternativen Gegenstände das ganze Vermächtniß und die Wahl, sei's des Bedachten sei's des Beschwerten, entscheidet, in welchem Gegenstand es zur Wirklichkeit kommt: hier enthält von den alternativen Thatsachen eine jede die ganze Bedingung, und der Eintritt der einen oder der andern erfüllt die ganze Bedingung und verwirklicht dadurch das e i n e Vermächtniß. Man kann daher auch sagen, die einem Vermächtniß hinzugefügten alternativen Bedingungen enthalten nur e i n e Bedingung mit verschiedenen Bestandtheilen, deren jeder die ganze Bedingung begreift. Die letztere concretirt sich vollständig in jedem ihrer Bestandtheile, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 26 pr. Haec scriptura: *si viginti dederit aut juraverit se aliquid facturum*, unam conditionem exprimit habentem duas partes. Quare si quicunque heres scriptus erit sub conditione, *si juraverit se decem daturum aut monumentum facturum*, quamvis verbis edicti ad hereditatem vel legatum admittatur, tamen compellitur facere id quod facturum se jurare jussus est, solo jurejurando remisso. Der erste Theil der

Stelle (Haec — partes) bestätigt die dargestellte Auffassung der alternativen Bedingung mit dürren Worten. Si viginti dederit aut juraverit se aliquid facturum enthält offenbar eine alternative Bedingung. Von ihr wird nun gesagt: *unam* conditionem exprimit habentem *duas* partes. Was heißt das anders, als die alternative Bedingung im vorliegenden Beispiele sei nur eine, habe jedoch zwei Theile, wovon eben ein jeder die eine Bedingung darstelle? Dieß bekräftigt auch der ganze Zusammenhang der Stelle. Sie behandelt die Frage, in welchem Umfange die conditio jurisjurandi erlassen werde. In dem ersten Theile deutet sie nun an, die eine Seite der Alternative (si viginti dederit) werde gar nicht erlassen, und auch die andere nicht vollständig, sondern nur der Eid werde hinweggethan. Würde die andere Seite (aut juraverit se aliquid facturum) ganz erlassen, so müßte auch die erste hinwegfallen. Denn da die alternative Bedingung nur eine ist, die in jedem der alternativen Theile ihren vollständigen Ausdruck findet, so müßte, sobald ein Theil erlassen wird, die eine Bedingung als verwirklicht gelten, weil der erlassene Theil sie ganz in sich aufgenommen hat, der andere mithin als unerheblich und bedeutungslos erschiene. Denn würde man die eine Bedingung durch vollständige Erlassung der einen Seite nicht als verwirklicht gelten lassen, so hätte die Erlassung eigentlich keinen rechten Sinn. Die eine Bedingung bestünde fort und wäre in der einen oder andern ihrer alternativen Seiten zu erfüllen (D. de cond. instit., XXVIII. 7. l. 8. §. 5. . . . . . sed est verius, remittendam conditionem, ne alia ratione conditio alia eum urgeat ad jusjurandum). Daher (quare), fährt die Stelle in ihrem zweiten Theile fort, würden da, wo der Eid alle Seiten der Alternative umfaßt (si *juraverit* se decem daturum aut monumentum facturum), nur der Eid erlassen, die Thatsachen selbst aber als alternative Bedingungen ohne Eid behandelt. — Allerdings wird bei alternativen Bedingungen von plures conditiones geredet; dieß steht jedoch der hier vertheidigten Ansicht keineswegs entgegen. Es sind freilich mehrere Bedingungen, die in der Alternative stehen; allein da eine derselben die andere vertritt, so stellen sie sich juristisch als eine Bedingung dar, als eine Bedingung mit mehrern Theilen, in deren jedem die eine Bedingung sich concentrirt. Wörtlich beinahe spricht wiederum das Gleiche aus D. judic. solv., XLVI. 7. l. 13 pr. . . . . . ecce enim, si quis stipuletur, *si navis ex Africa venerit aut si Titius consul fuerit,* constat, sive navis prior venerit sive Titius ante consul factus sit, committi stipulationem: sed ubi commissa est ex priore causa, ex altera, licet existat conditio, amplius non committitur; *altera causa enim non utraque inhaeret* stipulationi etc. Also wenn eine Seite der alternativen Bedingung eingetreten ist, so macht der Eintritt der andern lediglich nichts mehr aus. Denn nicht beide Seiten zusammen (utraque causa), sondern jede einzelne für sich (altera) ist Bedingung für die ganze Stipulation. Die Stipulation hat demnach, wie sie selbst nur eine Stipulation ist, auch nur eine Bedingung, die jedoch

in jeder der verschiedenen alternativ hervorgehobenen Thatsachen besteht. — Dieser Ausführung gemäß ist es nur folgerichtig, wenn bei letztwilligen Verschaffungen, die unter alternativen Bedingungen gemacht worden sind, ganz allgemein gesagt wird, es genüge, daß nur eine der Bedingungen eintrete. Der Bedachte bekommt dann den ganzen Erbtheil oder das ganze Vermächtniß, J. de hered. inst., II. 14. §. 11. — D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 78. §. 1. — Zu vergl. mein Erbrecht, §. 21. Note 3.

10) D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 8. §. 5.

11) Es wird hier vorausgesetzt, daß die mehrfache Anordnung sich entschieden nur auf ein und dasselbe Vermächtniß beziehe; und es sollen die Fälle, in welchen bei einer solchen mehrfachen Anordnung Bedingungen vorkommen, und die Grundsätze hervorgehoben werden, wornach die Frage, ob und wie das Vermächtniß in Rücksicht auf diese Bedingungen zu behandeln ist, entschieden werden. Die Erörterung der Frage, in wiefern eine mehrfache Anordnung ein mehrfaches Vermächtniß begründe, gehört nicht hierher.

12) Diese Regel wird zunächst in ihrer Allgemeinheit hervorgehoben, D. de legat. I. l. 12. §. 3. In legatis novissimae scripturae valent etc. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 87. — C. de fideic., VI. 42. l. 19. Sie wird sodann auf die beiden ersten Arten der mehrfachen Verschaffung so angewendet, daß das Vermächtniß als ein unbedingtes oder bedingtes gilt, je nachdem die letzte Verschaffung eine unbedingte oder bedingte ist, D. eod., l. 89. Endlich übt sie auch vorzugsweise ihren Einfluß auf abgesonderte, verschieden bedingte Anordnungen desselben Vermächtnisses, indem auch hier nur die letzte Anordnung mit ihrer Bedingung zur Geltung gelangt, D. eod., l. 87—89. Quod traditum est, in legatis novissimam . . . conditionem spectandam esse . . . . *non ad ea duntaxat* pertinet, quae saepius sub diversis conditionibus . . . . dantur etc. l. 51 pr.

13) Vermöge des Willens des Erblassers kann die spätere Anordnung völlig wirkungslos bleiben, D. de legat. I. l. 12. §. 3. . . . . interdum tamen in legatis non posterior sed praecedens scriptura valet etc., oder umgekehrt die spätere mit der frühern zu verbinden sein, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 89., wobei sich dann wiederum verschiedene Arten der Verbindung denken lassen.

---

§. 38.

Fortsetzung.

Macht ein bei dem Nichteintritt einer Bedingung Betheitheiligter, d. h. der Beschwerte, Substitut oder der zur Anwachsung berechtigte Mitlegatar die Erfüllung der Bedingung unmöglich [1]), so wird sie behandelt, als wenn sie erfüllt wäre [2]).

Dasselbe gilt, wenn derjenige, in dessen Person oder unter dessen Zuthun die Bedingnng durch den Bedachten erfüllt werden sollte [3]), die Erfüllung verhindert [4]), es müßte denn der Wille des Erblassers geradezu die wirkliche Erfüllung gewollt haben [5]), oder die Bedingung zum Vortheil einer Person hinzugefügt sein, welche gerechten Grund hat, sich der Erfüllung zu widersetzen [6]). Ein Zufall hingegen, wodurch der Bedachte an der Erfüllung verhinwird, hat nicht die gleiche Bedeutung, wie die Verhinderung der Person, in welcher oder unter deren Zuthun die Bedingung erfüllt werden sollte [7]); selbst dann nicht, wenn der Bedachte bereit war, die Bedingung zu erfüllen [8]).

1) Daß nicht blos die Verhinderung des Beschwerten, sondern auch die des Substituten oder Mitlegatars ausreiche, um die Bedingung als erfüllt erscheinen zu lassen, ergibt sich daraus, daß auch diese und nicht blos der Beschwerte zu denen gehören, quorum interest conditionem non impleri.

2) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 24. l. 81. §. 1. Wenn die letztere Stelle sagt: tunc demum pro impleta habetur conditio, cum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat, so darf man hieraus nicht folgern, daß nur die Verhinderung des Beschwerten von Einfluß sei. Die Stelle hebt nur den Hauptfall hervor; wir müssen sie aber durch die allgemeine Regel der ersten Stelle ergänzen. Auch läßt sich in der That nicht einsehen, warum die Verhinderung der Substituten und des Mitlegatars nicht die gleiche Wirkung haben sollte. Der Grund wenigstens, welcher bei dem Beschwerten eintritt, daß er aus seiner Verhinderung keinen Vortheil ziehe, tritt auch bei dem Substituten und dem zur Anwachsung befugten Mitlegatar ein.

3) Alle die Stellen, welche von der Sache handeln, beziehen sich auf potestative Bedingungen. Mir wenigstens ist keine bekannt, welche für rein casuelle Bedingungen (z. B. wenn Titius Consul wird, und er selbst hintertreibt seine Wahl) denselben Grundsatz ausspräche.

4) Mein Erbrecht, §. 22. Note 7. — Noch zu vergl. D. de ann. legat., XXXIII. 1. l. 13. §. 1.

5) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 84. in f. sed si testator propter filii utilitatem his, qui cum eo morati fuissent, alimenta praestari voluisset, contra voluntatem defuncti petentes audiri non oportere.

6) D. de ann. legat., XXXIII. 1. l. 13 pr.

7) Mein Erbrecht, §. 22. Note 7. — Dem Ausspruche des Textes

stehen nicht entgegen a) D. de legat. I. l. 54. §. 1. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 28. Denn die Bedingung, wenn Jemand arbitratu eines Andern heirathen würde, findet in dem Theil, welcher jenen fremden arbitratus fordert, überhaupt keine Beachtung, D. eod., l. 72. §. 4. — b) D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 8. §. 7. — de legat. I. l. 54. §. 2. — Da diese Stellen ebenso wie D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 6. §. 1. von dem Fall zu verstehen sind, wo der Sclave schon zur Zeit der Errichtung des Testaments gestorben war, oben §. 33. Note 2. — Daß namentlich in D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 8. §. 7. der Ausdruck: mortuo autem vel manumisso Sticho, *vivo testatore* ganz gut so verstanden werden könne: wenn Stichus bei Lebzeiten des Erblassers schon vor Errichtung des Testaments gestorben war, ergibt sich aus D. de statulib., XL. 7. l. 39. §. 4., wo ein ähnlicher Ausdruck vorkommt (Attia vivo testatore decessit), während die Möglichkeit gesetzt wird, daß Attia schon vor Errichtung des Testaments gestorben sei (Trebatius, *si ante testamentum factum Attia decessisset*, item si postea, eum liberum futurum). — Indessen findet römischrechtlich hier eine Ausnahme Statt zu Gunsten der Freiheit, D. l. c., gleichgültig, ob der Unfreie die Erfüllung der Bedingung bereits vorbereitet hatte, oder doch zur Zeit des Zufalls im Stande war, die Bedingung zu erfüllen, oder auch nur nachher in die Lage kam, und, wenn der Zufall früher eingetreten wäre, sofern er jedenfalls zur Zeit der Delation in der Lage gewesen wäre, sie erfüllen zu können. Der Unfreie wird nach Justinian's Anordnung unter dieser Voraussetzung alsbald frei, muß jedoch nachher die Bedingung erfüllen, und wenn der, in dem sie erfüllt werden sollte, nicht mehr vorhanden wäre, so bleibt er dennoch frei, C. de cond. insert., VI. 46. l. ult., vergl. mit D. eod., l. 20. §. 3. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 94.

8) Würde irgend eine Stelle entschieden aussprechen, daß eine potestative Bedingung für erfüllt zu halten sei, sobald der Bedachte nach dem Tode des Erblassers bereit war, sie zu erfüllen, aber durch Zufall daran verhindert wurde; so würde man die andern theils allgemeiner, theils von der Bedingung des Heirathens redenden Stellen noch erklären können. Allein ein solcher Ausspruch findet sich nirgends, wohl aber läßt sich das Gegentheil belegen.

a) Vor allem muß hier ausgeschieden werden D. eod., l. 40 pr., die nur von der Berechnung der Zeit handelt; woraus lediglich kein Schluß auf die Erfüllung der Bedingung überhaupt gezogen werden kann (zu vergl. oben §. 36. zu Note 17). — Außer dieser Stelle beruft man sich jedoch noch auf mehrere andere. α) Einmal auf D. de alim. legat., XXXIV. 1. l. 18. §. 2. Die Stelle enthält folgenden Fall. Dem Sclaven Stichus wurde fideicommissarisch unbedingt die Freiheit verschafft (ab heredibus Stichum manumitti voluit), außerdem dem Sejus unter einer Bedingung (si cum Sejo moraretur) auferlegt, demselben Stichus cibaria

et vestiaria zu geben, endlich noch weiter verfügt: Te autem, Seji, peto, ut cum ad annum vicesimum quintum perveneris, militiam ei compares, si tamen te ante non relinquerit. Stichus erhielt demnach drei Vermächtnisse, das eine unbedingt, die beiden andern bedingt. Jenes ward ihm alsbald zu Theil (Sticho statim libertatem consecuto), von dem zweiten ist in der Stelle weiter keine Rede; nur über das dritte wird gefragt, weil Sejus vor Erreichung des 25ten Jahrs gestorben sei (quaesitum est ... prius autem defuncto Sejo, quam ad annum vicesimum quintum perveniret etc.). Wie es sich folglich mit dem Alimentenlegat (cibaria et vestiaria) verhielt, ob man den Fortbezug desselben nach dem Tode des Sejus für gerechtfertigt hielt, darüber können wir der Stelle lediglich nichts entnehmen. Es lassen sich Gründe für wie gegen den Fortbezug denken. Nehmen wir jedoch einmal an, der Fortbezug sei nicht beanstandet gewesen, was folgt daraus für unsere Frage? Die Bedingung si cum Sejo moraretur war erfüllt. Stichus blieb bei Sejus bis zu dessen Tode. Zweifel an dem Fortbezuge konnten daher nur deßhalb vorhanden sein, weil man ungewiß war, ob die Absicht des Erblassers dahin ging, es sollen dem Stichus, wenn er nur bei Sejus für dessen ganzes Leben verbliebe, fortwährend Alimente verabreicht werden, oder dahin, daß Stichus eben nur so lange Alimente erhalten solle, als er bei Sejus sein würde, gleichgültig aus welchem Grunde das Verbleiben bei Sejus sein Ende erlangt hätte. Es ist klar, daß dieser Zweifel mit unserer Frage nichts zu thun hat. Denn bei ihr handelt es sich davon, ob eine wirklich nicht erfüllte Bedingung als erfüllt gelte, jener Zweifel hingegen läßt den Sinn der Bedingung und ihr Verhältniß zum Vermächtniß als ungewiß erscheinen, so daß eine ganz andere Frage entsteht, nämlich die, ob die Bedingung im Sinne des Erblassers nicht wirklich erfüllt sei. Wie richtig meine Auffassung sei, ergibt sich aus andern Stellen desselben Scävola, von welchem die besprochene Stelle herrührt, D. de ann. legat., XXXIII. 1. l. 20. §. 3. ... quaero, filio defuncto, an alimenta debentur: respondit, *si conditioni paruisset* (das heißt offenbar, wenn Pamphilus bei dem Sohne bis zu dessen Tod geblieben sei), deberi post mortem. — de alim. legat., XXXIV. 1. l. 18. §. 1. in f. si conditio extitisset (d. h. doch gewiß, wenn sie bei der Mutter bis zu ihrem Tode geblieben sind), nihil proponi, cur non possent. l. 20 pr. ... quaesitum est, an, mortua matre, conditio adposita defecisse videatur, ac per hoc neque cibaria neque vestiaria his debeantur: respondit secundum ea quae proponerentur deberi. Zu vergl. D. de ann. legat., XXXIII. 1. l. 13. §. 1. — C. de legat., VI. 37. l. 1. — Das dritte Vermächtniß, das der militia, wird dem Stichus zuerkannt, und nur die Zeit der Geltendmachung hinausgeschoben. Allein die Zuerkennung des Vermächtnisses war ja durch die wirkliche Erfüllung der Bedingung begründet, und somit handelte es sich auch hiebei nicht davon, ob eine nicht erfüllte Bedingung als erfüllt gelte. Die Be-

dingung ging dahin: si tamen te ante non reliquerit. Nun hatte denn Stichus den Sejus verlassen? Sejus starb, aber der Freigelassene hatte ihn nicht verlassen. Wollte man je von einem Verlassen hier reden, so müßte man umgekehrt sagen, Sejus habe durch seinen Tod den Stichus verlassen, so daß wiederum per eum, in cujus persona conditio impleri debuisset, steterit, quo minus impleretur. — Die besprochene Stelle kann mithin der bekämpften Ansicht nicht zur Stütze dienen. Eben so wenig dient ihr hiezu β) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 84. Freigelassenen wurden Alimente verschafft: si cum filio meo morati fuerint. Nun: liberti in obsequio fuerunt, quamdiu adolescens ad militiam promoveretur: qua causa effectum est, ut *quibusdam Romae relictis* proficisceretur, et apud castra defunctus est. Hierauf wird entschieden, daß die Bedingung auch bei den liberti, die in Rom zurückblieben, als erfüllt gelte (conditionem quidem in persona libertorum, qui cum filio defuncti morati sunt aut per eos non stetit, quo minus morarentur, mortuo filio testatoris defecisse non videri etc.). Es werden nämlich unterschieden die liberti, welche bei dem Sohne des Erblassers bis zu seinem Tode verblieben und die, welche er in Rom zurückgelassen hatte. Für beide soll die Bedingung mit dem Tode des Sohnes als erfüllt angesehen werden; für die ersten ganz natürlich, da sie bei dem Sohne bis zu dessen Tode verblieben, für die zweiten, weil per eos non stetit etc. Dieß letztere muß in dieser Stelle wie sonst ergänzt werden. Es lag nicht an den liberti, sondern an dem Sohne selbst. Dieser ward Soldat und ließ einige liberti in Rom zurück (quibusdam Romae *relictis*); er mithin, da er in den Soldatenstand trat und die liberti zurückließ und nicht mitnahm, er machte ihnen die Erfüllung unmöglich. Es ist daher nicht Zufall, welcher die Erfüllung der Bedingung hinderte, sondern die Person, in welcher die Bedingung erfüllt werden sollte, hat dieselbe verhindert. Die Stelle gehört demnach gar nicht hierher, noch weniger γ) D. de statulib., XL. 7. l. 20. §. 3. l. 39. §. 4. Die erste Stelle setzt den Fall: is, cui servus pecuniam dare jussus est, ut liber esset, decessit. Wann er gestorben ist, bei Lebzeiten des Erblassers, oder nach dessen Tode, darüber spricht sich die Stelle nicht aus; es war aber auch für die vorgelegte Frage, nämlich für die von der Freiheit, völlig unerheblich, wie gerade die zweite Stelle beweist (l. 39. §. 4. . . . Attia *vivo testatore* decessit etc.). Sabinus meint nun, der Sclave werde frei, si decem habuisset parata; Julian hingegen ist der Ansicht, der Sclave werde schon frei, etiam si postea habere coeperit decem. Dieses *postea* bezieht sich auf eine vorhergehende Zeit, aber auf welche? Dem ganzen Zusammenhang nach offenbar auf die Zeit des Todes dessen, dem das Geld gegeben werden sollte. Sabinus meinte also, wenn der Sclave zur Todeszeit dieses bestimmten Empfängers decem habuisset parata, so sei er frei, Julian hingegen, er werde frei, auch wenn er nach dieser Zeit habere coeperit decem. Was heißt nun aber der Ausdruck: si decem habuisset parata?

Bleiben wir bei dem einfachen Wortsinne stehen, gewiß nur: wenn er zehen bereit (vorräthig) gehabt hätte, natürlich um im Stande zu sein, sie zu leisten. Keineswegs gerechtfertigt wäre es jedoch, jenen Ausdruck so zu nehmen: wenn er sich zur Leistung bereit erklärt gehabt hätte. Bei dieser Deutung würden wir Etwas in die Worte hineintragen, was sprachlich nicht in ihnen liegt. Und es wäre dieß um so weniger begründet, als die noch etwas weiter gehende Ansicht Julians so dargestellt wird, wie wenn er blos darin von Sabinus abwiche, daß es nach ihm schon genügen solle, wenn der Sclave auch nach dem Tode des Empfängers erst in den Besitz von zehen gekommen wäre. Nachdem nun Paulus beide Ansichten aufgeführt hat, fährt er fort: adeo autem constituto potius jure, quam ex testamento ad libertatem pervenit, ut, si eidem et legatum sit, mortuo eo, cui dare jussus est, ad libertatem quidem perveniet, non autem et legatum habiturus sit: idque et Julianus putat, ut in hoc ceteris legatariis similis sit etc. Diese Aeußerung von Paulus schließt sich an die Meinung Julian's an, und bezieht sich auf den Fall, wo der Sclave die decem erst *postea*, d. h. nach dem Tode des vom Erblasser bestimmten Empfängers, erlangte. Allein hieraus folgt keineswegs, daß das Legat gültig wäre, hätte der Sclave die decem schon früher gehabt. Wie sonst mannigfach, so wäre auch hier das argumentum e contraria ein sehr schwankendes und unsicheres. Es ließe sich um so weniger billigen, als es, folgerichtig genommen, dahin führen müßte, das Legat selbst in dem Fall für wirksam zu erachten, wenn der Sclave die decem zur Todeszeit des Empfängers auch nur vorräthig gehabt hätte (parata), ohne noch irgendwie den Willen erklärt zu haben, die Bedingung zu erfüllen. Man wäre sogar an der Hand dieses argumentum e contrario genöthigt, noch weiter zu gehen. Da die Stelle sich darüber nicht ausspricht, wann der vom Erblasser bezeichnete Empfänger (is, cui dare jussus est) gestorben sei, und da es für das Vermächtniß der Freiheit gleichgültig erscheint, wann derselbe gestorben ist, nach dem Tode des Erblassers oder bei seinen Lebzeiten (D. eod., l. 39. §. 4), so hätte man das Legat sogar in dem Fall als ein gültiges zu behandeln, wenn der Sclave bei Lebzeiten des Erblassers zur Todeszeit des von diesem bestimmten Empfängers die zehen vorräthig gehabt hätte. — Aus l. 20. §. 3. kann demnach die bestrittene Ansicht nicht abgeleitet werden, eben so wenig aus D. eod., l. 39. §. 4., indem diese Stelle blos von dem Legat der Freiheit handelt, eines andern Legats aber gar nicht erwähnt. Aus der Art und Weise, wie sie die entgegenstehenden Meinungen des Labeo und Ofilius auf der einen und des Trebatius auf der andern Seite beurtheilt (Labeonis et Ofilii sententia *rationem quidem habet,* sed hoc jure utimur etc.), geht vielmehr umgekehrt hervor, daß außer dem Legat der Freiheit andere Vermächtnisse unbestritten nicht wirksam sein würden, wenn der vom Erblasser bezeichnete Empfänger vor dem letztern gestorben wäre.

b) Das Gegentheil der bestrittenen Ansicht ist klar enthalten in D. de const. et dem., XXXV. 1. l. 94. Die Stelle, so weit sie hier von Bedeutung ist, lautet also: sane si, cum cesserit dies, pecuniam conditioni comprehensam statuliber habuerit, jure constituto nulli dando consequitur libertatem. diversa causa est legatarii, in cujus persona placuit conditionem deficere, si antequam dederit legatarius pecuniam Titius moriatur. Für denselben Fall, für welchen das Vermächtniß der Freiheit wirksam ist (nämlich si, cum cesserit dies, pecuniam conditioni comprehensam statuliber habuerit), soll jedes andere Vermächtniß unwirksam sein (diversa causa est legatarii). Noch mehr, das letztere soll überhaupt unwirksam sein, si antequam dederit legatarius pecuniam Titius moriatur. Die Stelle sagt nicht, wenn Titius sterbe, bevor der Legatar sich zur Leistung bereit erklärt habe (etwa antequam voluntatem dandi legatarius manifestaverit oder in ähnlicher Weise), sondern sie sagt ganz bestimmt: si antequam *dederit* legatarius pecuniam Titius moriatur. Also wenn es durch den zufälligen Tod des Titius dem Legatar unmöglich wurde, der vom Erblasser bestimmten Person das Geld zu geben, also die Bedingung wirklich zu erfüllen, so ist dieselbe und mit ihr das Vermächtniß gefallen.

---

§. 39.

b) Der Resolutivbedingungen.

Resolutivbedingungen sind, was die Erfüllung betrifft, im Allgemeinen analog nach denselben Grundsätzen zu behandeln nach welchen Suspensivbedingungen behandelt werden. Dieser Grundsatz kommt ohne Beschränkung da zur Anwendung, wo es sich nicht von einer reinen Resolutivbedingung handelt, also zunächst in den Fällen, in welchen die Bedingung wesentlich suspensiv und nur mittelbar auflösend wirkt. Denn es kann in dieser Beziehung unmöglich einen Unterschied machen, wem gegenüber Jedmand mit einem Vermächtniß unter einer Suspensivbedingung bedacht ist, einem Erben oder einem Vermächtnißnehmer gegenüber. Der unter einer solchen Bedingung Bedachte muß überall gleich behandelt werden [1]). Gleiches gilt auch alsdann, wenn der Erblasser einem Beschwerten gegenüber mehrere

Personen mit dem nämlichen Vermächtniß bedacht hat, die eine unbedingt, die andere bedingt in der Art, daß dieselbe Bedingung für jenen auflösend, für diesen aufschiebend wirken solle [2]). Denn der bedingt Bedachte kann hier mit Recht verlangen, wie jeder andere bedingt Bedachte beurtheilt und behandelt zu werden, ohne Rücksicht darauf, daß die Wirksamkeit seines Vermächtnisses die Auflösung des Vermächtnisses eines andern Bedachten herbeiführt.

Anders gestaltet sich die Sache bei reinen Resolutivbedingungen. Hier scheint jener Grundsatz mehrern Beschränkungen unterworfen werden zu müssen.

a) Der Regel nach sollen Bedingungen gerade in der Weise erfüllt werden, wie sie der Erblasser gestellt hat. Von dieser Regel finden, wenn eine positive Potestativbedingung als eine suspensive Bedingung mehrern Bedachten auferlegt worden ist oder in mehrern Personen erfüllt werden soll, mildernde Ausnahmen Statt [3]). Gesetzt nun, eine derartige Bedingung wäre als reine Resolutivbedingung in der Person mehrerer Beschwerten gestellt, oder etwa von Seiten eines Beschwerten in mehreren dritten Personen zu erfüllen, so kann man mit Recht zweifeln, ob jene mildernden Ausnahmen analog auch hier zur Anwendung gebracht werden dürfen. Schon an sich ist es bedenklich, Ausnahmen nach Analogie zu erweitern, ohne daß besondere Gründe diese Erweiterung rechtfertigen. Noch bedenklicher ist es hier. Man läßt bei Suspensivbedingungen doch wohl nur deßhalb Milderungen eintreten, weil man davon ausgeht, es liege in dem Willen des Erblassers, daß angeordnete Vermächtnisse so viel als möglich aufrecht erhalten werden [4]). Kann man nun bei reinen Resolutivbedingungen mit eben so gutem Grunde sagen,

es sei in dem Willen des Erblassers gelegen, daß angeordnete Vermächtnisse so viel als möglich wieder aufgelöst werden [5])? Nur in einem Falle werden Resolutivbedingungen ausdrücklich wie Suspensivbedingungen behandelt, nämlich in dem, wenn eine Resolutivbedingung in der Person mehrerer Beschwerten gestellt, die Bedingung, wie sich von selbst versteht, positiv-potestativ ist, zugleich aber auch eine Theilung zuläßt [6]).

b) Hält man daran fest, daß einem Erblasser mehr an der Wirksamkeit, als an der Wiederauflösung eines Vermächtnisses gelegen sei [7]); so wird man zwar die mit auflösenden negativen Bedingungen verbundenen Zeitbestimmungen eben so beurtheilen, wie die, welche mit derartigen Suspensivbedingungen verbunden worden sind [8]). Dagegen wird man Bedenken tragen müssen, die für aufschiebende positive, auf einen bestimmten Zeitraum beschränkte, Potestativbedingungen eingeräumte Begünstigung [9]) auf ähnliche Resolutivbedingungen herüber zu nehmen [10]).

Hinwiederum liegt es in der Natur auflösender [11]) Bedingungen, daß sie erst nach dem Tode des Erblassers in Erfüllung gehen können [12]). Tritt denn doch wider Erwarten des Erblassers die Bedingung schon bei seinen Lebzeiten ein, so wird man in der Regel anzunehmen haben, daß nun das Vermächtniß gar nicht zu Stande kommt [13]). Nur die klare Absicht des Erblassers würde hier eine Ausnahme begründen, wenn nämlich der Erblasser gerade darauf einen Werth gelegt hätte, daß die in eine Resolutivbedingung aufgenommene Thatsache erst nach seinem Tode eintrete; und dieß wird sich wohl regelmäßig aus der Art seiner Verfügung entnehmen lassen [14]). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß positive Potestativbedingungen, die als auflösende Bedingungen in der Person des Beschwerten [15]) gestellt

worden sind, zu jeder Zeit nach dem Tode des Erblassers mit Wirksamkeit erfüllt werden können, wenn sie nicht ihre eigene Beschaffenheit an eine bestimmte Zeit bindet, oder der Wille des Erblassers daran gebunden hat. Denn da wir davon ausgehen müssen, der Erblasser wünsche den Nichteintritt von Resolutivbedingungen mehr als deren Eintritt [16]), so können wir auch nicht, wie bei Suspensivbedingungen [17]) annehmen, der Erblasser wolle, daß sie so bald als möglich nach seinem Tode erfüllt werden.

c) Negative Potestativbedingungen, die auflösend in der Person des Beschwerten gestellt sind, können nicht, wie dergleichen Suspensivbedingungen, durch die Mutiana cautio vorläufig erfüllt werden [18]). Denn diese cautio enthält eine Begünstigung für den Bedachten, damit das Recht auf das Vermächtniß für ihn nicht erst dann erwachse (dies cedit), wenn er selbst keinen Genuß mehr davon haben würde [19]), weil man mit Recht voraussetzt, der Erblasser habe zunächst ihn und nicht erst seine Erben bedenken wollen. Es wäre aber gewiß nicht zu billigen, wollte man diese Begünstigung nach Analogie auch einem Beschwerten einräumen, in dessen Person der Erblasser eine negative Potestativbedingung als auflösende Bedingung gestellt hat [20]); um so weniger, als es der Beschwerte in seiner Hand hätte, durch alsbaldige Leistung der Kaution das Vermächtniß gar nicht wirksam werden zu lassen [21]). Eine negative Potestativbedingung, die sich als aufschiebende zur Mutiana cautio eignen würde, kann als auflösende erst alsdann im Sinne des Erblassers für erfüllt gelten, wenn es gewiß geworden ist, daß der Beschwerte, in dessen Person sie gestellt worden ist, derselben nicht entgegen handeln wird, d. h. in der Regel mit dem Tode des letztern [22]).

Dagegen ist lediglich kein Grund vorhanden, weßhalb nicht

auch eine *reine* Resolutivbedingung in dem Fall für erfüllt gelten soll, wenn der bei ihrer Erfüllung Betheiligte, d. h. hier der Bedachte den Eintritt der letztern hintertreibt [23]). Zweifelhaft ist es dagegen, ob auch dann eine reine Resolutivbedingung als erfüllt anzunehmen sei, wenn derjenige, in dessen Person oder unter dessen Zuthun die Bedingung von dem Beschwerten zu erfüllen gewesen wäre, ihren Eintritt verhindert [24]).

1) Zu vergl. oben §. 32. zu Note 21 ff. — §. 35. sub b.

2) Zu vergl. oben §. 32. zu Note 28 ff. — §. 35. sub a.

3) Zu vergl. oben §. 36. zu Note 3 ff. — Daß es sich bei den daselbst besprochenen Bestimmungen um *Ausnahmen* handle, dürfte schon die Natur der Sache ergeben. Es ist aber auch in einzelnen Stellen angedeutet, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 112. §. 1. . . . *sed benigna interpretatione* dicendum etc. §. 2. . . . *sed haec humanius* interpretari solemus etc. — de statul., XL. 7. l. 4. §. 3. . . . *melius* est dicere etc. Daher waren die römischen Rechtsgelehrten selbst nicht ganz unbedenklich, und theilweise, wie es scheint, nicht einerlei Meinung, D. de condit. et dem., XXXV. 1. l. 44. §. 8. . . non posse per partes conditioni parere, *quidam aiunt* etc. l. 112. §. 2. De illo quoque *quaeritur* etc. — de manum. test., XL. 4. l. 13 pr. . . . solummodo illud habebit *dubitationem* §. 1 u. 2. Idem *quaeri* potest . . . . . . haec *quaestio* et in eo *tractatur* etc. — C. de cond. insert., VI. 46. l. 6. . . . apud Ulpianum *dubitabatur* etc.

4) Wie sehr bei jenen Milderungen auf den Willen des Erblassers Rücksicht genommen sei, ergibt sich aus der genauern Erwägung von D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 56. l. 112. §. 1 u. 2. junct. D. de manum. test., XL. 4. l. 13 pr. §. 1.

5) Gegen die Behauptung des Textes ließe sich allerdings die scheinbare Einwendung vorbringen: man gehe bei Suspensivbedingungen davon aus, den Willen des Erblassers so viel als möglich bei Kraft zu erhalten, daher müsse man bei Resolutivbedingungen eben davon ausgehen. Daß hier das Vermächtniß zur Auflösung komme, dorten bei Wirksamkeit bleibe, könne nichts ausmachen. Bei der Resolutivbedingung *wolle* der Erblasser selbst die Wiederauflösung; es entspreche daher seiner Absicht und seinem Willen, das Vermächtniß wie dorten soweit als möglich aufrecht zu erhalten, so hier in derselben Weise zur Auflösung zu bringen. Eine solche Argumentation würde jedoch übersehen, daß gerade dieß in Frage steht, ob dem Erblasser die Wiederauflösung eines Vermächtnisses eben so am Herzen liegt, wie dessen Erhaltung. Im Allgemeinen wird man wohl behaupten können: wer ein Vermächtniß bedingt *gibt*, dem liege der Wunsch, daß

die Bedingung sich doch erfüllen möchte und dadurch das Vermächtniß zu Kraft gelange, viel näher als der entgegengesetzte — sonst würde er das Vermächtniß gar nicht geben. Wer hingegen ein Vermächtniß unbedingt gibt, aber unter einer Bedingung wieder aufhebt, dem ist es lieber, daß die Bedingung nicht eintritt, und der fürchtet auch weniger, daß sie eintritt; denn außerdem hätte er das Vermächtniß gar nicht, oder höchstens unter einer entgegengesetzten Suspensivbedingung angeordnet.

6) D. de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 30 pr. Cui ususfructus legatus esset, donec ei totius dotis satisfieret, cum ei heres pro sua parte satisdedisset, quamvis reliqui satis non darent, tamen pro ea parte usumfructum desinere habere mulierem, Labeo ait etc. Es ist schon früher (§. 32. Note 20) bemerkt worden, daß in dieser Stelle von einer reinen Resolutivbedingung die Rede sei.

7) Oben zu Note 5.

8) Zu vergl. oben §. 36. zu Note 15 und 16.

9) Zu vergl. oben §. 36. zu Note 17.

10) Indem eine solche Begünstigung hier schwerlich mit dem Willen des Erblassers übereinstimmen dürfte.

11) Was Suspensivbedingungen anbelangt, zu vergl. oben §. 36 zu Note 19 ff.

12) Denn sobald der Erblasser eine Bedingung zur Auflösung eines Vermächtnisses hinzufügt, so liegt es doch gewiß zunächst in seiner Absicht und Meinung, daß das Vermächtniß bereits zur Kraft gelangt sei, wenn die Bedingung eintritt, daß mithin die letztere erst nach seinem Tode sich erfülle.

13) Man wird wohl ohne Anstand die Folgerung ziehen dürfen: wenn der Erblasser ein bereits wirksam gewordenes Vermächtniß beim Eintritt einer gewissen Bedingung wieder aufgelöst wissen will, so liegt es eben so sehr, wo nicht in einem noch höhern Grade in seinem Willen, daß das Vermächtniß gar nicht wirksam werde, wenn die Bedingung noch bei seinen Lebzeiten eintritt. In der Regel zwar denkt der Erblasser bei Resolutivbedingungen an die Zeit nach seinem Tode, und an Thatsachen, die zu dieser Zeit erfolgen; aber die letztern können wider Vermuthen oder wider Berechnung des Erblassers schon bei seinen Lebzeiten eintreten, und dann ist der vorhin gezogene Schluß gewiß gerechtfertigt. Man setze beispielsweise, der Erblasser habe Jemanden ein größeres Legat gegeben, aber als Resolutivbedingung hinzugefügt: wenn der Bedachte seine wohlhabende Tante beerbt haben würde. Nun stirbt die Tante plötzlich noch bei Lebzeiten des Erblassers und der Bedachte beerbt sie. Sollte hier der letztere trotz dem das Vermächtniß bekommen? und sollte dieß mit dem Willen des Erblassers vereinbar sein? Man nehme ferner an, der Erblasser habe einem Neffen ein kleines Landgut vermacht unter der Resolutivbedingung: wenn er nach Amerika auswandern würde, und der Neffe wandert noch bei Leb-

zeiten des Erblassers aus. Kann man voraussetzen, daß es dessen ungeachtet dem Willen des Erblassers entspreche, das Vermächtniß aufrecht zu erhalten? Allerdings steht es in dem Belieben des Erblassers, seine letztwillige Anordnung zu ändern; aber wie leicht treten hier Hindernisse ein! Man nimmt sich etwa auch vor, eine letztwillige Anordnung abzuändern, kommt aber nicht dazu, ob es gleich zur Aufhebung eines angeordneten Vermächtnisses nur einer einfachen, constatirten Erklärung bedarf. Soll denn der Erblasser in solchen Fällen sich nicht ruhig darauf verlassen können, man werde seinen Willen nicht so sehr mißkennen, um einem Vermächtnisse Wirksamkeit zu verleihen, das sogar die bereits erlangte Wirksamkeit wieder verloren hätte, wenn die bei seinen Lebzeiten schon eingetretene Resolutivbedingung erst nach seinem Tode eingetreten wäre?

14) Man denke sich z. B. den Fall: ein Erblasser will einem gewissen X., der eine Verwandte von ihm zur Frau hat, mit einem Vermächtniß bedenken. Aber der X. lebt mit seiner Frau nicht gut, und hat sie schon hie und da mißhandelt, und ist von öftern Mißhandlungen durch Dazwischenkunft des Erblassers und durch Rücksicht auf ihn abgehalten worden. Der Erblasser sucht nun das Vermächtniß dazu zu benützen, daß der X. auch nach seinem Tode von solchen Mißhandlungen abgehalten werde. Er fügt deßhalb dem Vermächtniß eine Resolutivbedingung bei. Der Erblasser kann in den Verhältnissen, in dem Karakter des X. und dessen Frau Gründe finden, eine solche Anordnung der Verschaffung des Vermächtnisses an die Frau vorzuziehen. Gesetzt nun jene Anordnung lautet also: dem X. vermache ich mein Haus sammt Garten und Weinberg, ich hoffe jedoch, X. werde nach meinem Tode seine Frau nicht mehr mißhandeln, wie er es bis daher hie und da gethan hat, und ohne meine Dazwischenkunft noch öfter gethan haben würde. Sollte aber der X. nach meinem Tode seine Frau wieder mißhandeln, so solle das Vermächtniß erloschen und wieder aufgelöst sein. Hätte nun der X. nach Errichtung des letzten Willens und noch bei Lebzeiten des Erblassers seine Frau wieder mißhandelt, so würde man gewiß der Absicht des Erblassers entgegen handeln, wollte man in Folge davon das Vermächtniß gar nicht zu Stande kommen lassen. Denn offenbar war es hier dem Erblasser nur darum zu thun, für die Zeit nach seinem Tode zu sorgen; für seine Lebenszeit mochte er darauf rechnen, daß die Rücksicht auf ihn den X. bestimmen werde, sich vor Mißhandlungen zu hüten. — Solcher Fälle lassen sich noch andere denken.

15) Sind sie in der Person des Bedachten gestellt, so wird sich dieser natürlich hüten, dieselbe je zu erfüllen. Thut er es doch einmal, so ist es natürlich gleichgültig, wann er es thut. Denn es liegt offenbar in dem Willen des Erblassers, daß das Vermächtniß aufhöre, wenn irgend der Bedachte das thut, woran der Erblasser die Auflösung geknüpft hat.

16) Oben Note 5.

17) Zu vergl. oben §. 36. zu Note 22.

18) Zu vergl. oben §. 37. zu Note 1 ff.

19) Denn die Mutiana cautio greift in der Regel erst dann Platz, wenn der Eintritt der negativen Potestativbedingung erst mit dem Tode des Bedachten gewiß wird (zu vergl. oben §. 37. zu Note 1), so daß das dies cedit nicht vor dem letzten Lebensmomente desselben erfolgen würde. In dem letzten Lebensmomente freilich erwärbe er das Vermächtniß und übertrüge es auf seine Erben, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 103. Si ita legatum sit: Titio post decem annos dato, si satis ab herede non exegerit, et Titius intra decimum annum decesserit, *ad heredem suum transmittat legatum, quia moriente eo conditio extitit*, aber nun hätte er selbst keinen Genuß mehr von demselben. Die vorhin angeführte Stelle handelt zwar nicht von einem Fall, wo die Mutiana cautio eintritt, aber ihre Entscheidung zeigt, daß es hinreicht, wenn eine Bedingung ultimo vitae momento sich erfüllt, um das Vermächtniß kräftig werden zu lassen.

20) Die Gründe sind hier dieselben, wie die oben (zu Note 4 und 5) hervorgehobenen.

21) Der Beschwerte z. B. als Erbe dürfte nur sogleich nach Antritt der Erbschaft die Mutiana cautio machen, wo dann das Vermächtniß in demselben Augenblick aufhörte, in welchem das dies venit für dasselbe gekommen wäre, so daß es genau genommen gar nicht wirksam würde.

22) Die Bedingung muß eben gerade so genommen werden, wie sie der Erblasser gestellt hat, ohne daß eine Aushülfe, wie die Mutiana cautio die Annahme einer Erfüllung vorläufig herbeiführt. Sie kann mithin erst zu der Zeit als erfüllt gelten, wo es gewiß ist, daß ihr nicht mehr entgegen gehandelt wird oder werden kann.

23) Der Grundsatz, daß Suspensivbedingungen für erfüllt angesehen werden, wenn ein Betheiligter die Erfüllung verhindert, ist kein besonderer für Legate, sondern es ist ein gewiß aus der Natur der Sache herausgegriffener, allgemeiner Grundsatz des Civilrechts. Er ist nicht einmal unmittelbar bei letztwilligen Verfügungen, sondern in andern Gebieten des Civilrechts entstanden, und dann auf jene wie auf Stipulationen herübergenommen und angewendet worden, D. eod., l. 24. Julianus. Jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset. *quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt.* quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret. Eine Stelle wesentlich gleichen Inhalts von Ulpian bietet dar D. de R. J., L. 17. l. 161. Indessen zeigt eine Vergleichung beider Stellen einen Fortschritt der Rechtsbildung in der Zeit zwischen Julian und Ulpian. Während nämlich der erstere, was letztwillige Anordnungen betrifft, von *plerique* redet, sagt Ulpian, nachdem er den Grundsatz des jus civile vorangestellt hat, die Freiheit hinzufügend: quod ad libertatem et legata et ad here-

dum institutiones *perducitur.* Julian läßt gerade durch den Ausdruck: *plerique .. perduxerunt* immerhin der Vermuthung Raum, daß es zu seiner Zeit noch eine abweichende Meinung gab, Ulpian hingegen spricht sich einer Weise aus (*perducitur*), daß man zu der Annahme berechtigt sein dürfte, es habe jetzt kein oder doch kein nennenswerther Dissens mehr statt gefunden. Aehnlich verhält es sich mit den Stipulationen. Julian sagt noch: *quidam* recte putaverunt, Ulpian hingegen geradezu: *committuntur.* Julian schreibt mithin die richtige Ansicht nur noch Einigen zu, denen er beitritt (*recte* putaverunt), Ulpian hingegen stellt sie als gemeinhin anerkannt dar. Beide Stellen beweisen uns übrigens den Grundsatz: quotiens per eum etc. als einen allgemeinen, und daher müssen wir ihn auch auf reine Resolutivbedingungen anwenden, um so mehr, als er durchaus der Natur der Sache und der wahren Gerechtigkeit entspricht.

24) Zu vergl. oben §. 38. zu Note 3 ff. — Für die Annahme, daß die Bedingung als erfüllt anzusehen sei, ließe sich Folgendes anführen. Der Grund, weßhalb Suspensivbedingungen in dem vorausgesetzten Fall als erfüllt gelten, ist offenbar kein anderer, als weil man annimmt, es sei dem Willen des Erblassers genügt, wenn der Bedachte thatsächlich die Bereitwilligkeit an den Tag gelegt habe, der Bedingung nachzukommen, und nur der Dritte, dessen Mitwirkung nöthig gewesen wäre, sich hiezu nicht hergeben wollte. Das Belieben des Dritten soll den Bedachten nicht um sein Vermächtniß bringen. Dieser Grund scheint nun auch auf reine Resolutivbedingungen zu passen, welche in der Person des Beschwerten gestellt sind. Dagegen aber läßt sich nicht verkennen, daß es sehr die Frage ist, ob der Wille des Erblassers es zulasse, dem Beschwerten bei Resolutivbedingungen dieselbe milde Rücksicht angedeihen zu lassen, wie den Bedachten bei Suspensivbedingungen. Man könnte nämlich aus den früher angeführten Gründen (oben zu Note 4 und 5) auch hier der Meinung sein, daß die Begünstigung, welche unser positives Recht einem Bedachten gewährt, indem es den Willen des Erblassers zu seinem Vortheil deutet, nicht analog dem Beschwerten zu gut kommen dürfe, weil die Wiederaufhebung eines Vermächtnisses dem Wunsche des Erblassers nicht eben so entspreche, wie dessen Wirksamkeit. — Entscheidet man sich übrigens in unserm Fall für die analog gleiche Behandlung der resolutiven Bedingungen, so muß man jedenfalls bei ihnen dieselben Ausnahmen eintreten lassen, welche bei suspensiven (zu vergl. oben §. 38. l. c.) statt finden.

---

§. 40.

B. Zeitbestimmungen und Modus.

Auch Zeitbestimmungen können einem Vermächtniß hinzugefügt werden nicht nur, wie nach früherm Recht als dies a quo,

sondern auch, was im vorjustinianischen Rechte weder bei Legaten, noch bei Fideicommissen möglich war [1]), als dies ad quem [2]).

Indessen ist zu unterscheiden, ob die Zeit gewiß oder ungewiß ist. Als gewiß gilt die Zeit, bei welcher weder das Ob noch das Wann ihres Eintritts ungewiß ist [3]). Ungewiß hingegen ist die Zeit, bei welcher das Ob [4]) oder auch nur das Wann [5]) ungewiß ist.

Jede ungewisse Zeit gilt als Bedingung [6]), sei nun schon das Ob ihres Eintritts ungewiß [7]), oder auch nur das Wann [8]); und zwar der *dies a quo* als aufschiebende [9]), es wäre denn bei diesem dies trotz der Ungewißheit des Wann doch gewiß, daß der Bedachte die Zeit erleben werde [10]), oder es wäre überhaupt die Zeit nicht für das Recht des Vermächtnisses, sondern blos für die Geltendmachung des Anspruchs hinzugefügt worden, sei es um des Bedachten [11]), sei es um des Beschwerten willen [12]). Auch der *dies ad quem* erscheint als Bedingung, nämlich als auflösende, sobald das Ob seines Eintritts ungewiß ist. Wenn hingegen blos das Wann als ungewiß erscheint, dann muß die Beurtheilung verschieden ausfallen, je nachdem das Vermächtniß mit dem Eintritt der Zeit auf einen Andern, als zweiten Bedachten übertragen worden ist oder nicht. In dem letzten Fall, wo das Vermächtniß einfach sich auflöst und auf den Beschwerten zurückfällt, kann die Zeitbestimmung wegen der bloßen Ungewißheit des Wann ihres Eintritts nicht als Bedingung angesehen werden, weil es gleichgültig ist, ob der Beschwerte diesen Eintritt erlebt oder nicht [13]). Dieß ist selbst dann gleichgültig, wenn das Ob des Eintritts als ungewiß sich darstellt [14]). Sollte jedoch das Vermächtniß mit dem Eintritt auf einen Andern übertragen sein, und zwar in der Art, daß der erste Vermächtniß-

nehmer einem Dritten oder dem ersten Beschwerten selbst gegenüber beschwert worden ist; in diesem Fall enthält die Zeitbestimmung wesentlich einen dies a quo und nur mittelbar einen dies ad quem. Sie muß also auch ganz wie ein *dies a quo* behandelt werden [15]). Wäre hingegen das Vermächtniß auf den Eintritt der Zeit also einem Dritten gegenüber verschafft worden, daß der Erblasser den ersten Beschwerten auch ihm gegenüber beschwert hätte, so würde die Zeitbestimmung einen doppelten Karakter haben. In Hinsicht des zweiten Bedachten müßte sie ganz als ein *dies a quo* beurtheilt werden, in Hinsicht aber des Beschwerten als dies ad quem [16]). Daß der Wille des Erblassers indessen abweichend von den hier dargestellten Grundsätzen verfügen könne, versteht sich von selbst [17]).

Die gewisse Zeit schiebt, wenn sie als dies a quo dem Vermächtniß hinzugefügt worden ist, blos die Geltendmachung (dies venit) hinaus [18]); und dasselbe gilt von der ungewissen, wo sie nicht als Bedingung behandelt wird [19]). Die gewisse Zeit hingegen, wenn sie als dies ad quem mit dem Vermächtniß verbunden worden ist, unterscheidet sich von der ungewissen, die als reiner [20]) dies ad quem erscheint, in der Hauptsache eigentlich nur unter der Voraussetzung, daß das Ob ungewiß ist [21]); während bei der bloßen Ungewißheit des Wann zwischen dem gewissen und ungewissen dies ad quem kein innerer Unterschied obwaltet [22]).

Uebrigens kann ein dies a quo auch die Wirkung haben, daß das ganze Vermächtniß nicht zu Stande kommt. Wenn nämlich das Vermächtniß auf eine Gerechtsame sich bezieht, welche nicht auf die Erben übergeht, und der dies a quo von der Art ist, daß der Bedachte ihn entweder nicht erleben kann, oder daß

er erst im letzten Lebensmomente des Bedachten eintritt, so beraubt er das ganze Vermächtniß seiner Wirksamkeit [23]) *).

1) C. de legat., VI. 37. l. ult. — Zu vergl. D. de obl. et act., XLIV. 7. l. 44. §. 1.

2) C. l. c.

3) D. quand. d. leg. ced., XXXVI. 2. l. 21 pr.

4) D. l. c.

5) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 1. §. 2.

6) D. eod., l. 75. — de legat. I. l. 30. §. 4.

7) D. de legat. III. l. 4. §. 6. — quand. dies legat. ced., XXXVI. 2. l. 21 pr. l. 22 pr.

8) D. eod., l. 4 pr. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 79. §. 1. — Nur das Legat der Freiheit ward hier anders beurtheilt, D. de legat. I. l. 68. §. ult.

9) D. eod., l. 49. §. 2. — quand. dies leg. ced., XXXVI. 2. l. 22 pr.

10) D. eod., l. 4. §. 1. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 79 pr.

11) D. ad Sctum Treb., XXXVI. 1. l. 46. . . . . . scilicet si prorogando tempus solutionis *tutelam* magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur. — quand. dies leg. ced., XXXVI. 2. l. 26. §. 1. und wohl auch C. quand. d. leg. ced., VI. 53. l. 5.

12) D. de alim. leg., XXXIV. 1. l. 18. §. 2.

13) Denn hier ist dem Beschwerten nichts verschafft, sondern einfach die Auflösung des Vermächtnisses angeordnet. Löst es sich nun auf, zu welcher Zeit es sein mag, so fällt es von selbst zurück auf den Beschwerten, oder, wenn er beim Eintritt der Zeit nicht mehr leben sollte, auf seine Erben.

14) Die Ungewißheit des Ob hat nur die Wirkung wie jede Resolutivbedingung. Es kann etwa die Zeit, deren Eintritt ungewiß ist, nicht eintreten; und dann löst sich das Vermächtniß nicht auf, wie es sich auch dann nicht auflöst, wenn überhaupt eine Resolutivbedingung nicht eintritt. Tritt aber die Zeit oder die Resolutivbedingung ein, so löst sich das Vermächtniß auf, der Beschwerte mag noch leben oder bereits gestorben sein. Lebt er nicht mehr, so fällt das Vermächtniß auf seine Erben zurück.

15) Es kommt hier natürlich nicht darauf an, wer der zweite Bedachte

---

*) Auf die zu Note 13 ff. aufgestellten Grundsätze werde ich später bei der Darstellung des Rechtsverhältnisses bedingter und betagter Vermächtnisse in umfassender Erörterung zurückkommen. Denn auch die Auseinandersetzung des Rechtsverhältnisses betagter Vermächtnisse kann erst an einem andern Orte gegeben werden.

ist, ein Dritter oder der erste Beschwerte selbst, welchem das Vermächtniß zurückverschafft ist. In beiden Fällen bezieht sich die Zeitbestimmung, wie eine Bedingung wesentlich auf das zweite Vermächtniß, und nur mittelbar auf das erste. Sie muß daher auch wesentlich als ein dies a quo für das zweite Vermächtniß beurtheilt werden. Zu vergl. oben §. 32. zu Note 21 ff. — §. 35. sub b. — §. 39. zu Note 1.

16) Denn in Rücksicht auf den zweiten Bedachten erscheint sie ganz genau als ein dies a quo. Wo also ein solcher dies als Bedingung zu behandeln ist, da muß er auch hier als solche behandelt werden. Indem aber bei diesem Vermächtniß dieselbe Person beschwert ist, wie bei dem ersten Vermächtniß, so liegt es in seiner Natur, daß es mit dem Eintritt der Zeit auf den einzigen Beschwerten zurückfalle. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann er auch dem zweiten gegenüber als beschwert gedacht werden. Somit könnte es wohl geschehen, daß das Vermächtniß bei dem ersten Beschwerten bleibt, wenn nämlich der zweite Bedachte vor dem, in Beziehung auf seine Person als Bedingung zu beurtheilenden dies ad quem versterben würde. Ebenso müßte es mit einer Bedingung gehalten werden, die in Rücksicht auf das erste Vermächtniß auflösend, in Rücksicht auf das zweite aufschiebend wirkt, vergl. oben §. 32. zu Note 28 ff. — §. 35. sub a. — §. 39. zu Note 2.

17) Diese Abweichung läßt sich in allen den bis daher besprochenen Beziehungen (zu Note 13 ff.) denken.

18) D. quando d. leg. ced., XXXVI. 2. l. 21 pr.

19) D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 79 pr. — de alim. legat., XXXIV. 1. l. 18. §. 2.

20) Denn ist sie nicht als reiner dies ad quem hinzugefügt, so treten die oben zu Note 15 ff. besprochenen Grundsätze ein.

21) Zu vergl. oben zu Note 14.

22) Zu vergl. oben zu Note 13.

23) Zu den Gerechtsamen, welche der Text im Auge hat, gehören die Personalservituten mit Ausnahme der operae, und die Freiheit. Der dies a quo kann ein ganz gewisser sein, wenn z. B. Jemanden der ususfructus verschafft wird nach 100 Jahren, von dem Todestage des Erblassers an gerechnet; er kann aber auch in Rücksicht des Wann seines Eintritts ungewiß sein, aber doch eigentlich als gewiß gelten, weil ihn der Bedachte erleben wird, indem er mit dem letzten Augenblicke seines Lebens eintritt (zu vergl. oben zu Note 10). In beiden Fällen ist das ganze Vermächtniß unwirksam, D. de usufr., VII. 1. l. 50. — de manum. test. XL. 4. l. 17. Man nimmt hier nicht, wie bei unmöglichen Bedingungen, ein Uebersehen des Erblassers an, so daß man wie jene Bedingungen auch diese Zeitbestimmungen pro non adjectis ansehen könnte. Man geht vielmehr davon aus, ein Erblasser, welcher einem mit dem Tode des Berechtigten erlöschenden Recht einen solchen dies hinzufügt, habe gar nicht die ernste

Absicht gehabt, dem Bedachten jenes Recht zu gewähren, D. de statul. XL. 7. l. 4. §. 1. in f. quia nec animus dandae libertatis est. Denn in Folge der Betagung stellt sich das Vermächtniß für den Berechtigten, das nur bei Lebzeiten Bedeutung für ihn gehabt hätte, als ein völlig werthloses heraus. Daher man zu der Annahme berechtigt zu sein glaubt, er habe das scheinbar vermachte Recht nicht geben wollen, zu vergl. D. de manum. test., XL. 4. l. 61 pr.

---

§. 41.

Fortsetzung.

Zeitbestimmungen können zu Vermächtnissen auch in der Art hinzugethan werden, daß entweder ein Vermächtniß nicht mit einem Male, sondern nach Zwischenräumen zur Geltendmachung gelangen soll [1]), oder daß überhaupt das Vermächtniß zeitweise [2]) verschafft ist.

In dem ersten Fall ist das Vermächtniß als Eines anzusehen, das der Erblasser in Rücksicht auf den Beschwerten und zu dessen Erleichterung so zerlegt hat, daß zu bestimmten Zeiten je nur ein Theil von dem Bedachten in Anspruch genommen werden kann [3]). Hat der Erblasser die Größe der Theile festgesetzt, hat er namentlich ungleiche Theile gemacht, so bleibt es natürlich dabei [4]); ist aber hierüber nichts von ihm festgesetzt worden, so wird das Legat in gleiche Theile nach Verhältniß der vom Erblasser bezeichneten Zahl von Zeiten zerlegt [5]). Das Vermächtniß selbst wird demnach als ein einheitliches und daher unbedingtes behandelt [6]); die Befugniß zur Geltendmachung des Anspruchs auf die einzelnen Theile tritt jedoch erst mit dem Ablauf je der bestimmten Zeit ein [7]). Der Wille des Erblassers kann übrigens in mannigfacher Beziehung Abweichendes anordnen, ausdrücklich sowohl als stillschweigend [8]).

In dem **zweiten** Fall nimmt man an, das Vermächtniß sei um des Bedachten willen als ein zeitweises angeordnet worden [9]; der Erblasser habe für dessen Bedürfnisse im höhern oder niederern Grad sorgen wollen, und deßhalb das Vermächtniß als zeitweises angeordnet, damit dem Bedachten für jede dieser Zeiten eine bereite Unterstützung zu Statten komme [10]. Daher wird dieses Vermächtniß als ein mehrfaches angesehen [11], wovon ein jedes abgesondert für sich beurtheilt wird [12]; und zwar gelten diese Vermächtnisse, mit Ausnahme des ersten, als bedingte, für welche das Recht je besonders erworben wird [13]. Die Bedingung geht aber dahin, sofern der Bedachte die einzelnen vom Erblasser bestimmten Zeiträume, für welche ihm gerade in dem Vermächtniß eine Unterstützung zugewendet werden soll [14], erleben würde [15]; wobei es jedoch genügt, wenn er nur den Anfang erlebt [16]. Alsdann nämlich ist das Recht nicht nur erworben (dies cedit) [17], so daß es auf die Erben übergeht [18], sondern es kann auch alsbald geltend gemacht werden [19], wofern nicht der Erblasser etwas Anderes ausdrücklich oder stillschweigend verfügt hat [20]. Uebrigens machen die Gegenstände eines solchen Vermächtnisses und ein Unterschied in denselben nichts aus, wenn das Vermächtniß nur im Ganzen als ein zeitweises und nach Terminen verschafftes sich darstellt [21].

1) Die Zwischenräume werden in der Regel gleich groß sein, z. B. annua, bima, trima etc. die. Nothwendig ist dieß keineswegs.

2) Die Zeiten, für welche das Vermächtniß gewährt wird, können der Größe nach verschieden sein. Das Vermächtniß wird in der Regel ein jährliches (legatum annuum), oder monatliches (menstruum), kann aber auch ein tägliches sein, D. qu. dies leg. ced., XXXVI. 2. l. 12. §. 6. — Es lassen sich übrigens auch hier verschieden gegriffene Zeiten untermischt denken.

3) D. eod., l. 12. §. 4. . . . . nisi forte evidens sit voluntas testa-

toris, in annuas pensiones ideo dividentis, quoniam non legatario consultum, sed *heredi prospectum voluit, ne urgeretur ad solutionem*. l. 20. .... in plures pensiones divisit *exonerandi heredis gratia*, hoc casu ait omnium annorum unum esse legatum etc.

4) Auch hier noch kann die Art der Anordnung einem freiern Ermessen mehr oder minder Spielraum gewähren, D. de ann. legat., XXXIII. 1. l. 3. §. 2 sequ.

5) D. eod., l. 3 pr. §. 1.

6) D. quand. dies leg. ced., XXXVI. 2. l. 20...... si vero non pro alimentis legavit, sed in plures pensiones divisit exonerandi heredis gratia, hoc casu ait omnium annorum *unum* esse legatum et intra decennium decedentem legatarium etiam futurorum annorum legatum ad heredem suum transmittere etc. l. 26. §. 2...... non plura sed *unum* esse fideicommissum certis pensionibus divisum apparuit, et ideo filio intra aetatem suprascriptam diem functo, residui temporis ad heredem fideicommissum ejus transmitti etc.

7) D. h. es kann das Vermächtniß nicht je mit dem Beginn des betreffenden Zeitabschnitts, z. B. des Jahrs geltend gemacht werden, weil hier die Zeitbestimmung nicht einfach als Bedingung beurtheilt wird, die mit diesem Beginn nun erfüllt ist, sondern als reine Zeitbestimmung, bei welcher immer der Zeitraum vorüber sein muß, ehe die Geltendmachung eintritt, D. eod., l. 12. §. 4. Sed et si quotannis sit legatum, mihi videtur etiam in hoc initium cujusque anni spectandum, *nisi* forte evidens sit voluntas testatoris in annuas pensiones ideo dividentis etc. l. 26. §. 2. ..... sed non initio cujusque anni peti pecuniam oportere etc.

8) Theils in Rücksicht des Uebergangs auf Erben, D. l. c. in f. — theils in Betreff der Zeit der Leistung.

9) D. eod., l. 12. §. 4..... nisi forte evidens sit voluntas testatoris in annuas pensiones ideo dividentis, quoniam non *legatario consultum* ... voluit etc.

10) D. eod., l. 20.... et si quidem alimentorum nomine legatum fuerit, plura esse legata etc. Das Vermächtniß braucht darum nicht namentlich als ein Alimentenlegat bezeichnet sein, noch für Alimente ihrem ganzen Umfang nach sorgen wollen. Es genügt, daß es als ein zeitweises angeordnet ist, um vorauszusetzen, es solle eben zur Unterstützung des Bedachten (legatario consultum, alimentorum nomine) dienen, wenn nicht der Wille des Erblassers klar ist (evidens voluntas), das Vermächtniß um des Beschwerten willen in Theile zu zerlegen. Von dem eigentlichen Alimentenlegat wird später die Rede sein.

11) D. eod., l. 10. l. 20. Zu vergl. die vorherg. Note.

12) D. de ann. leg., XXXIII. 1. l. 11.

13) D. eod., l. 4. — ad leg. Falc., XXXV. 2. l. 1. §. 16. — qu. dies leg. ced., XXXVI. 2. l. 12 pr.

14) Denn erlebt er diese Zei nicht, so bedarf er für sie auch keiner Beihilfe.

15) D. de ann. leg., XXXIII. 1. l. 4.

16) D. qu. dies leg. ced., XXXVI. 2. l. 12. §. 1.

17) D. l. c.

18) D. de ann. leg., XXXIII. 1. l. 5. 8. 22. — Stirbt daher der Bedachte vorher, so überträgt er nichts auf seine Erben, D. eod., l. 4. Aehnliches ist selbst dann Rechtens, wenn das Legat im Ganzen als ein Legat erscheint, das nur um des Beschwerten willen in Theile zerlegt worden ist; vorausgesetzt jedoch, daß auch hiebei die Absicht des Erblassers klar ist, dem Bedachten in dem Legate eine Unterstützung zu Theil werden zu lassen. Es geht hier der Anspruch nicht auf den Erben des Bedachten über, soweit der letztere die Zeit, wofür ihm die Unterstützung gewährt war, nicht durchlebt hat, D. qu. dies leg. ced., XXXVI. 2. l. 26. §. 2. in f. ceterum si pecuniam annuam pater alimentis filii destinasset, non dubie persona deficiente causa praestandi videtur extincta.

19) C. quand. d. leg. ced., VI. 53. l. 1. — D. quand. d. leg. ced., XXXVI. 2. l. 12. §. 4. Man geht hier überhaupt davon aus, der Erblasser habe dem Bedachten mit dem Beginne je eines Zeitraums die Verfügung über den Unterstützungsgegenstand gewähren wollen. Wie man deßhalb für die Erwerbung des Rechts (dies cedit) es für genügend hält, daß der Bedachte den Anfang je eines Zeitraums erlebe, aus demselben Grunde läßt man das Geltendmachen (dies venit) zu gleicher Zeit eintreten. Anders bei dem Vermächtniß, das als ein einziges verschafft, und nur um des Beschwerten willen in Theile zerlegt worden ist. Wird hier auch das Recht mit einem Male erworben, so tritt der Absicht des Erblassers gemäß das Geltendmachen erst mit Ablauf der einzelnen Zeiträume ein (oben Note 7), und wenn der Erblasser auch hier eine Unterstützung des Bedachten im Auge hatte, so geht das Recht auf das Vermächtniß eben nur nach Verhältniß der von dem Bedachten durchlebten Zeit auf den Erben über (die vorherg. Note).

20) D. eod., l. 12. §. 5.

21) D. eod., l. 11.

---

§. 42.

Fortsetzung.

Wird ein Modus angehängt, so gilt hier im Wesentlichen dasselbe, was bei Erbeseinsetzungen [1]). Der modus, obgleich nicht selten conditio genannt, weicht von dieser darin ab, daß er

den Erwerb des Vermächtnisses nicht, wie sie aufschiebt [2]). Dennoch wirkt er ähnlich wie eine Bedingung [3]). Denn der Beschwerte kann das Vermächtniß, wäre er selbst auch bei dem modus nicht pecuniär betheiligt [4]), zurückhalten, bis entweder der modus erfüllt, oder wenigstens für seine Erfüllung Sicherheit geleistet ist [5]). Es steht ihm zu diesem Zwecke eine exceptio doli zu Gebot [6]). Hat derselbe das Vermächtniß vor Erfüllung des modus geleistet, so kann er auf Erfüllung klagen [7]), oder auch, wenn die Erfüllung nicht erfolgt ist, das Gewährte zurück verlangen [8]). Gereicht der modus zum Vortheil eines Dritten, so wird er in Beziehung auf diesen wie ein Vermächtniß behandelt [9]). Indessen kann die Erfüllung des modus ohne allen Nachtheil für den Bedachten unterbleiben, wenn dieselbe von Anfang an unmöglich ist [10]), oder in der Folge ohne Schuld des Bedachten unmöglich wird [11]). Dahin gehört es auch, wenn der modus in einer andern Person oder unter deren Mitwirkung erfüllt werden sollte, diese aber ihre Betheiligung dabei verweigert, und dadurch die Erfüllung verhindert [12]). Von selbst versteht es sich, daß der modus, welcher nur theilweise oder in gewissem Betrachte nicht erfüllt werden kann, eben auch blos in so weit unerfüllt bleiben darf, im Uebrigen aber erfüllt werden muß [13]), und daß der nach seinem nächsten Gegenstande unerfüllbare modus mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers in etwas Anderes verwandelt werden kann [4]).

Wie jedoch der modus nicht als eigentlicher modus, sondern mehr in der Eigenschaft eines Raths erscheint, wenn derselbe nur den Vortheil des Bedachten selbst bezweckt und die Absicht des Erblassers nicht bestimmt auf seine Erfüllung gerichtet ist [15]), so kann hinwiederum der eigentliche modus unter Umständen von

den öffentlichen Behörden durch Zwang zur Erfüllung gebracht werden, wenn auch der Beschwerte nicht auf Erfüllung dringen sollte [16]).

1) Mein Erbrecht, §. 24.

2) Der Ausspruch des Textes ergibt sich a) aus D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 17. §. 4. nach dem ganzen Zusammenhang der Stelle. Diese handelt zuerst von der demonstratio falsa (pr. §. 1), sodann von der falsa causa (§. 2); der letztern setzt sie die bedingt gefaßte, d. h. eine causa entgegen, die in der Form einer in der Vergangenheit liegenden Bedingung hervorgehoben ist (§. 3), und von dieser bedingt gefaßten causa unterscheidet sie in §. 4 den modus. Es folgt hieraus, daß der modus in seinem Wesen etwas ganz anderes ist, als eine Bedingung. Diesen Unterschied bezeichnet nun deutlich genug b) D. eod., l. 80. Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis (non) pro conditionalibus observari oportet; eas vero, quae habent moram cum sumptu, admittemus cautione oblata. nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit, et eum, cui datum est: ut monumentum faciat. Man mag das *non* im Eingange streichen, was nach dem Zeugniß der Glosse (ad h. l.) nicht ohne handschriftliche Unterstützung geschehen würde, oder man mag es stehen lassen, so gibt die Stelle einen guten Sinn. Doch ist ihre Erklärung im ersten Fall einfacher als im zweiten. Streicht man nämlich das *non*, so würde die Stelle gerade nur den Gegensatz zwischen Bedingung und modus enthalten, und folgenden Inhalts sein: Diejenigen Umstände (eas causas), welche (versteht sich, so lange sie nicht eingetreten sind) dem Klagenden von vornenherein im Wege stehen (quae protinus agentem repellunt), sind bei Fideicommissen als bedingende zu betrachten; diejenigen Umstände hingegen, welche (versteht sich, ohne das Recht des Bedachten zu hemmen) einen Aufschub zulassen und von Seiten des Bedachten einen Aufwand erfordern (quae habent moram cum sumptu), werden dadurch als bereits eingetreten berücksichtigt (admittemus), daß der Bedachte eine Kaution leiste. Denn demjenigen, welcher unter Bedingung bedacht ist, wird derjenige nicht gleichgesetzt, welcher unbedingt, aber unter einer Auflage bedacht worden ist. Läßt man das *non* stehen, so läßt sich der Inhalt der Stelle einfach, wie schon die Glosse (ad h. l.) thut, auf den Gegensatz non conditiones in praeteritum oder in praesens collatae auf der einen und von modus auf der andern Seite beziehen. Ihr Sinn könnte dem gemäß in der Art aufgefaßt werden: Umstände (eas causas), welche (als bereits eingetreten) den Anspruch des Bedachten alsbald beseitigen, gelten bei Fideicommissen nicht als bedingend, während solche Umstände, welche einen Aufschub zulassen und Kosten verursachen (ohne das Recht des Bedachten an sich aufzuhalten), in Folge einer Kaution so behandelt, wie

wenn sie schon eingetreten wären. Denn eine Verschaffung unter einer Bedingung ist verschieden von der Verschaffung unter einer Auflage (modus). Dorten muß die Erfüllung bereits eingetreten sein, wenn für den Bedachten ein Recht entstanden sein soll, hier ist das Recht für ihn schon vorhanden, und es genügt daher eine Sicherheitsleistung für die Erfüllung des modus. — Wie wir nun aber die Stelle nehmen, so ist so viel klar, daß sie den modus von der Bedingung unterscheidet, und dem letztern nicht wie der erstern eine aufschiebende Kraft zuschreibt. Dieß bestätigt sich nun weiter c) durch D. de manum. test., XL. 4. l. 17. §. 2. l. 44.

3) Dieß ist es, was ein Rescript in den Worten ausdrückt: in legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur, C. de his qu. s. mod., VI. 45. l. 1.

4) D. de legat. III. l. 19.

5) D. l. c. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 40. §. ult. l. 80. (zu vergl. Note 2).

6) D. de fideic. libert., XL. 5. l. 7. l. 48.

7) D. de ann. legat., XXXIII. 1. l. 21. §. 3. — de manum test., XL. 4. l. 17. §. 2. l. 44.

8) D. de ann. legat., XXXIII. 1. l. 21. §. 3. — de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 17.

9) C. eod. l. 2. . . . Sed et in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex hujusmodi verbis, sive . . . ad modum respiciant, sive ad dandum vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur etc.

10) Unmöglich ist aber der modus nicht blos dann, wenn er physisch oder rechtlich unmöglich, sondern als unmöglich gilt er auch in dem Fall, wo er rechtlich oder sittlich unerlaubt ist, D. de cond. inst., XXVIII. 7. l. 8. §. 7. — de legat. I. l. 112. §. 3. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 27. l. 37. l. 71. §. 2.

11) D. de legat. II. l. 76. §. 6. — C. eod., l. 1. — Gleichgültig ist es hiebei, ob dem modus eine poena angehängt ist oder nicht. Auch in jenem Falle wird die poena nicht verwirkt, D. de cond. et dem., XXXV. 1. l. 6 pr. l. 27.

12) D. eod., l. 6 pr. — C. l. c.

13) Ist also dem Vermächtnißnehmer z. B. aufgegeben, einen Eid für die Erfüllung abzulegen, so wird ihm nur der Eid, nicht aber die Erfüllung erlassen.

14) D. de usu et usufr. leg., XXXIII. 2. l. 16. — de cond. et dem., XXXV. 1. l. 27. — de admin. rer. ad civit. pert., L. 8. l. 4.

15) D. de cond. et dem. XXXV. 1. l. 71 pr.

16) D. de hered. petit., V. 3. l. 50. §. 1. — de ann. legat., XXXIII. 1. l. 7. in f.

Inhalt.

Mayer, Marum Samuel,

Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen aus den Quellen bearb

Bd.: 1

Tübingen 1854